ОБРАЗОВАНІЕ ПРАВА

ПО УЧЕНІЯМЪ

НѢМЕЦКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦІИ

Сергѣя Муромцева.

ИЗДАНІЕ ВТОРОЕ,

ИСПРАВЛЕННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ.

МОСКВА.
Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5.
1886.

ОБРАЗОВАНІЕ ПРАВА

ПО УЧЕНІЯМЪ

НѢМЕЦКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦІИ

Сергѣя Муромцева.

ИЗДАНІЕ ВТОРОЕ,

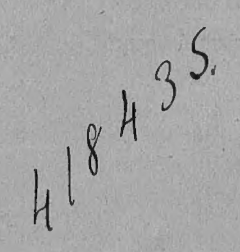
ИСПРАВЛЕННОЕ И ДОПОЛНЕННОЕ.



МОСКВА.
Типографія А. И. Мамонтова и К°, Леонтьевскій пер., № 5.
1886.

Намъ можетъ казаться, что принципы, составлявшіе торжество предыдущихъ періодовъ знанія, низвергаются и уничтожаются позднѣйшими открытіями, но на дѣлѣ эти принципы входятъ въ послѣдующія ученія той долею истины, какая была въ нихъ.

Уэвелль, Исторія индуктивныхъ наукъ, I.



Дозволено цензурой. Москва, 13 января 1886.

Предисловіе.

Настоящее изданіе есть воспроизведеніе, въ исправленномъ и дополненномъ видѣ, втораго отдѣла книги, изданной въ 1877 г. подъ заглавіемъ: „Очерки общей теоріи гражданскаго права". Книга эта разошлась въ продажѣ и потому передѣлка ея представляется своевременною. Переработка перваго отдѣла той же книги стоитъ у автора на очереди и по своемъ окончаніи не замедлитъ появиться въ печати.

Ссылки на страницы и параграфы, которыя читатель встрѣтитъ въ самомъ текстѣ книги, въ скобкахъ, съ присоединеніемъ буквы л., относятся къ моимъ лекціямъ, изданнымъ подъ заглавіемъ: «Гражданское право древняго Рима» (1883).

Сергѣй Муромцевъ.

С. Выропаевка,
1885 г.
18 іюля.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Идея закономѣрнаго развитія.

§ 1. Мы намѣрены разсмотрѣть основныя положенія, созданныя нѣмецкою историческою школою по вопросу объ образованіи права. Оставляя въ сторонѣ подробности, мы имѣемъ въ виду показать ту зависимость, въ которой теорія образованія права состояла отъ современной ей философіи, и ту связь, которая соединяла между собою отдѣльныя воззрѣнія, на видъ совершенно противоположныя одно другому. Наша задача.

Въ юридической литературѣ XIX вѣка теорія образованія права составляла результатъ взаимодѣйствія двухъ факторовъ. Стимулъ къ ея формулированію и къ дальнѣйшей разработкѣ надо искать въ особыхъ вопросахъ, которые были поставлены гражданскою жизнью,—вопросахъ о значеніи рецепціи римскаго права для Германіи и объ изданіи національнаго гражданскаго уложенія. Напротивъ своимъ содержаніемъ теорія выражала лишь общее философское воззрѣніе на историческое развитіе человѣчества. Основаніе теоріи составилось изъ совокупности идей, которыя были выработаны философіей исторіи и лишь повторялись въ юриспруденціи. Такое отношеніе между общимъ философскимъ и юридическимъ воззрѣніями сохранялось постоянно, какъ во время успѣховъ этого послѣдняго, такъ и въ моменты уклоненія его съ истиннаго пути. Въ своихъ успѣхахъ и ошибкахъ теорія образованія права была отголоскомъ успѣховъ и Факторы теоріи.

ошибокъ философіи, такъ какъ отчасти прямо заимствовала изъ нея тѣ или другія положенія, отчасти же самостоятельнымъ путемъ приходила къ выводамъ, которые соотвѣтствовали духу науки, господствовавшему въ данное время.

Къ XIX вѣку философія исторіи дала окончательную форму двумъ идеямъ, которыя произвели коренной переворотъ въ обществовѣдѣніи: идеи закономѣрнаго движенія исторіи и идеи прогресса, которыя слились въ общую идею закономѣрнаго *развитія* человѣчества. Эти идеи разрушили догматизмъ, издревле господствовавшій въ воззрѣніяхъ на исторію. Взамѣнъ склонности не замѣчать историческихъ измѣненій въ состояніи человѣка и общества, а замѣченнымъ не придавать особой цѣны, видя въ нихъ случайные результаты человѣческой дѣятельности, онѣ вкоренили въ умахъ убѣжденіе въ постоянномъ и правильномъ движеніи человѣчества впередъ. Существенный результатъ торжества помянутыхъ идей, въ особенности же идеи прогресса, заключался въ примиреніи науки съ дѣйствительностью. Подъ ихъ освѣщеніемъ дѣйствительность стала привлекательнѣе, нежели казалась прежде, потому что открывалась возможность исправленія темныхъ сторонъ ея помимо полнаго ея отрицанія. Отрицательное отношеніе къ существующему порядку вещей, пропитавшее собою политическую философію естественнаго права и поставившее дѣйствительность въ разрѣзъ съ требованіями разума, замѣнилось положительнымъ отношеніемъ. Его водвореніе въ наукѣ привело къ изученію исторіи съ новыми цѣлями. Историческая наука пріобрѣла новый интересъ и раздвинула свои рамки.

Историческая школа.

Сюда именно относится образованіе исторической школы въ юриспруденціи. Главное значеніе научной дѣятельности Савиньи и его ближайшихъ послѣдователей состояло въ томъ, что они осуществили въ юриспруденціи вышеуказанное примиреніе съ дѣйствительностью. Въ направленныхъ къ тому стараніяхъ надо искать центръ тяжести того громаднаго авторитета, которымъ пользовалась историческая школа не только въ Германіи, но и за ея предѣлами. Благодаря авторитету школы уваженіе распространялось и на другія стороны ученой дѣятельности ея представителей, но тамъ оно не имѣло самостоятельнаго осно-

ванія.—Почти полное разочарованіе въ полезности выработаннаго предшествующею правовою жизнью и разъединенность теоріи и практики составляли зло, отъ котораго сильно страдала германская юриспруденція въ концѣ прошлаго и началѣ нынѣшняго столѣтій. Потребность въ реформѣ дѣйствующаго гражданскаго права и отсутствіе какого либо осуществимаго указанія на выходъ изъ неудовлетворительнаго состоянія приближали практическую юриспруденцію къ тому скептическому застою, въ который впасть всегда бываетъ наклонна мысль, успѣвшая пресытиться старою дѣятельностью и начинающая отчаяваться въ своемъ будущемъ. Возможность лучшаго исхода указала историческая школа. Перенося въ юриспруденцію идею закономѣрнаго развитія, она сдѣлала возможнымъ такой путь, при слѣдованіи которому надежда на будущее совмѣщалась съ уваженіемъ къ прошедшему. Все, совершенное юриспруденціею послѣ толчка, сообщеннаго ей Савиньи, есть не болѣе, какъ дальнѣйшее развитіе основныхъ, руководившихъ имъ идей, и всѣ протесты, которые неоднократно высказывались противъ исторической школы, были только протестами противъ формы, временно ею принятой, и въ сущности заключали въ себѣ дальнѣйшее развитіе дѣла, начатаго Савиньи.

Савиньи.

§ 2. Савиньи училъ, что право составляетъ подобно языку, нравамъ и государственному устройству продуктъ народной дѣятельности и находится въ нераздѣльной внутренней связи съ прочими проявленіями ея; общее народное убѣжденіе, одинаковое чувство ихъ внутренней необходимости объединяетъ ихъ, устраняя всякую мысль о случайномъ или произвольномъ ихъ происхожденіи. Наравнѣ съ другими проявленіями народной дѣятельности право постоянно движется и развивается, подчиняясь тому же закону внутренней необходимости. Каждый періодъ исторіи народа есть продолженіе предшествующихъ временъ; каждый періодъ творитъ свой бытъ не произвольно, но при соучастіи всего прошедшаго. Вслѣдствіе этого изученіе исторіи представляется единственнымъ вѣрнымъ путемъ къ познанію нашего собственнаго состоянія.—Въ каждомъ изъ этихъ положеній заключалось или воспроизведеніе, или повтореніе идей, выработанныхъ ко времени Савиньи философіей исторіи. Уже Вико видѣлъ основаніе

права въ общемъ убѣжденіи, раздѣляемомъ всѣмъ сословіемъ, народомъ, или человѣчествомъ, и, устраняя случайный характеръ такого убѣжденія, былъ склоненъ смотрѣть на право, какъ на одинъ изъ элементовъ народной жизни [1]). Шеллингъ утверждалъ, что исторія указываетъ на общій источникъ искусства, науки и юридическихъ учрежденій [2]). Кантъ и Шеллингъ, развивая свои мысли о закономѣрномъ ходѣ исторіи человѣчества, о постоянномъ прогрессѣ и тѣсной исторической связи, существующей между настоящимъ и прошедшимъ, говорили много о государствѣ и правѣ, вращаясь такимъ образомъ въ сферѣ явленій, близкихъ юристу [3]). Вмѣстѣ съ тѣмъ Шеллингъ, осуждая современное ему состояніе юриспруденціи, прямо рекомендовалъ примѣненіе къ праву философскаго и историческаго изслѣдованія съ цѣлью «конструировать» государственный организмъ [4]). Мысли философовъ проникали въ той или другой формѣ и въ юриспруденцію. Въ брошюркѣ Фейербаха, изданной въ 1804 г. [5]), читаемъ, что «все позитивное право подчинено великому и вѣчному закону причинности; какъ нѣчто, имѣющее происхожденіе, оно есть продуктъ времени и связано съ предшествующими событіями неразрывною цѣпью причинъ и слѣдствій. Изъ права, дѣйствовавшаго прежде, выросло право современное; и это послѣднее существуетъ только потому, что старое, отживъ свой вѣкъ, родило новое. Въ глубинѣ прошлыхъ тысячелѣтій лежитъ зерно законодательства, которому мы теперь повинуемся... Исторія права должна вывести, объяснить его современное состояніе изъ предыдущихъ состояній на основаніи ихъ внутренней прагматической связи». Гуго находился также подъ влі-

---

1) *Vico*, Science nouvelle, I, 2, 10—13 (изд. *Michelet*, I, стр. 341—344); ср. *Герье*, Очеркъ развитія исторической науки, 1866, стр. 36.

2) *Schelling*, Philosophie und Religion, 1802, стр. 65.

3) *Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte, 1784; —*Schelling*, System des transcendentalen Idealismus, 1800, стр. 402—441.

4) *Schelling*, Vorlesungen über die Methode etc., 1803, лекц. 10.

5) *Feuerbach*, Ueber Philosophie und Empirie etc., стр. 42 сл.

яніемъ тѣхъ же же мыслей, почему не безъ основанія усматриваютъ въ немъ одного изъ первыхъ провозвѣстниковъ исторической школы въ юриспруденціи. Савиньи не формулировалъ впервые высказанныхъ имъ идей, но утвердилъ ихъ по отношенію къ гражданскому праву. Причина, по которой торжество этихъ идей въ юриспруденціи соединилось съ именемъ Савиньи, заключается въ томъ, что онъ воспользовался ими для разрѣшенія важнаго практическаго вопроса своего времени и такимъ образомъ реализировалъ ихъ значеніе, показавъ наглядно ихъ цѣнность. Большинству рѣдко бываютъ доступны отвлеченныя идеи въ ихъ теоретической отрѣшенности; оно сознаетъ ихъ дѣйствительное значеніе только тогда, когда на дѣлѣ удостовѣряется въ примѣнимости ихъ къ разрѣшенію практическихъ вопросовъ. Савиньи воспользовался идеею закономѣрнаго историческаго развитія права для разрѣшенія вопроса о кодификаціи. Онъ мѣтилъ одновременно противъ раціонализма естественной школы, которая, не замѣчая въ дѣйствительности залога къ чему либо хорошему, возлагала всѣ надежды на мудраго законодателя, и противъ практической юриспруденціи, которая. удовлетворяясь поверхностнымъ наблюденіемъ надъ правовою жизнью, принимала законодателя за единственный и конечный источникъ права. — Но правильной *научной* реализаціи основныхъ идей у Савиньи мы не находимъ. Хотя знаменитому основателю исторической школы приходилось неоднократно повторять свои коренныя воззрѣнія, онъ не сдѣлалъ ничего для дальнѣйшей научной разработки ихъ и не пытался формулировать отдѣльные законы образованія права; настаивая на закономѣрности историческаго развитія права, Савиньи не указалъ ея отдѣльныхъ выраженій. Слѣдуетъ сказать даже, что онъ далеко не ясно опредѣлилъ смыслъ закономѣрнаго развитія или закона внутренней необходимости [6]), и тѣмъ сталъ причастенъ, конечно, образованію недоразумѣній, которыя извратили позднѣе основное положеніе исторической школы. Мнѣніе, приравнявшее значеніе Савиньи къ значенію Дарвина, весьма преуве-

---

[6]) См. *Сергѣевичъ*, Задача и метода государственныхъ наукъ, 1871, стр. 149–152.

лично. Какъ Дарвинъ внесъ въ естествознаніе идею развитія, такъ, будто бы, и Савиньи сдѣлалъ то же самое въ области юриспруденціи [7]). Противъ такого сопоставленія представляется не мало возраженій. Во первыхъ, юриспруденція, составляя только одинъ изъ отдѣловъ обществовѣдѣнія, не идетъ въ сравненіе съ болѣе широкою областью естествознанія. Во вторыхъ, Савиньи только перенесъ въ юриспруденцію понятіе развитія, уже выработанное въ исторической философіи; Дарвинъ же, не формулировавъ этого понятія впервые въ области естествознанія, въ дѣлѣ его установленія является, несомнѣнно, съ самостоятельною ролью. Онъ предложилъ тщательно обработанную попытку опредѣлить путь, которымъ совершается самое развитіе, тогда какъ Савиньи ограничился установленіемъ однихъ голыхъ понятій.— Но, конечно, это обстоятельство не отнимаетъ у программы Савиньи ея силы. Такъ или иначе въ ней было высказано основное положеніе новой школы и намѣчено направленіе, въ которомъ должно было идти ея дальнѣйшее развитіе [8]).

Пухта. § 3. Осуществить его пытался Пухта въ своемъ извѣстномъ сочиненіи объ обычномъ правѣ (1828), но его попытка доказала только, что доброе сѣмя, брошенное Савиньи, пало далеко не на подготовленную почву. Корень неудачи Пухты заключается въ особенномъ колоритѣ, приданномъ имъ ученію Савиньи. Этотъ колоритъ укрѣплялъ положительное отношеніе къ историческому матеріалу права, но вмѣстѣ съ тѣмъ угрожалъ идеѣ прогресса.

---

7) *Merkel*, Ueber den Begriff d. Entwicklung, въ Grünhut's Zeitschrift, 1876, стр. 625 сл.

8) Изъ многочисленныхъ брошюръ и статей, имѣвшихъ своимъ предметомъ дѣятельность и воззрѣнія Савиньи, заслуживаютъ вниманія: *Laboulaye*, Essai sur la vie et les doctrines de F. C. de Savigny, 1842; *Ihering*, F. C. v. Savigny, въ его Jahrbücher, 1861; *Stinzing*, F. C. v. Savigny, 1862; *Bluntschli*, Die neueren Rechtsschulen etc. 1839 и 1861; *его же*, Geschichte des allgemeinen Staatsrecht, гл. XVII; *Stahl* въ его Geschichte der Rechtsphilosophie. — На русскомъ языкѣ: *Кенигъ*, Савиньи etc., въ Рус. Вѣстн. 1863, № 4; *Фуксъ* и *Мандро*, во введеніи къ переводу сочиненія Савиньи: Обязательственное право, 1876.

Послѣднее обстоятельство не было замѣчено ни самимъ Пухтою, ни примкнувшимъ къ его труду Савиньи [9]), ни послѣдующею литературою. Напротивъ первый результатъ сочиненія Пухты никогда не упускался изъ виду, и ему обязано оно тѣмъ грандіознымъ впечатлѣніемъ, которое до сихъ поръ не утратило еще своей силы.

Думая опредѣлить формы образованія права и ихъ историческое соотношеніе, Пухта по недостатку наблюдательности и анализа пришелъ къ заключеніямъ, которыхъ истинный смыслъ клонился къ отрицанію самого историческаго процесса образованія права. Теорія Пухты была на самомъ дѣлѣ отрицаніемъ необходимости какой либо теоріи. Онъ указалъ на существованіе нѣсколькихъ формъ, свойственныхъ юридическимъ нормамъ; но онъ принялъ такое отношеніе между ними, которое подрывало совершенно ихъ самостоятельное значеніе. Такъ, слѣдуя Пухтѣ, законодательство есть не болѣе, какъ переписанное обычное право. То же говоритъ онъ объ эдиктѣ римскихъ магистратовъ и сохраняетъ въ извѣстной степени тотъ же характеръ за трудами юриспруденціи, утверждая, что она только переработываетъ обычное право. Въ свою очередь, обычное право есть не болѣе, какъ непосредственное выраженіе народно-правоваго убѣжденія. Такимъ сведеніемъ всѣхъ формъ права къ одному общему источнику безъ указанія какого либо самостоятельнаго интереса, который могла бы представить каждая форма въ отдѣльности, уничтожался интересъ исторіи отдѣльныхъ формъ права.—Та же участь грозила и «внутренней» исторіи права, воплощеннаго въ народно-правовомъ убѣжденіи. Пухта такъ рисуетъ происхожденіе этого послѣдняго: съ возникновеніемъ перваго человѣческаго общества вслѣдствіе естественнаго духовнаго родства его членовъ сложилось общее правовое убѣжденіе. Затѣмъ оно представляется результатомъ народной дѣятельности. Но, по мнѣнію Пухты, дѣятельность народа не есть дѣятельность его членовъ ни въ ихъ отдѣльности, ни въ ихъ совокупности. Народное убѣжденіе выработывается независимо отъ дѣятельности отдѣльныхъ лицъ.—Въ этомъ положеніи отрази-

[9]) *Savigny*, System I § 7 и слѣд.

лась одна изъ существеннѣйшихъ идей исторической философіи Канта и Шеллинга. Признавая свободу человѣческихъ дѣйствій, оба философа утверждали, что въ цѣломъ, въ общей совокупности, дѣйствія человѣчества представляютъ правильный ходъ, не подлежащій случаю. У Шеллинга особенно ясно выступаетъ стремленіе согласовать свободу человѣка съ закономѣрностью исторіи и нравственнаго порядка, и онъ видѣлъ разрѣшеніе дилемы въ томъ, что признавалъ объективное руководительство свободныхъ человѣческихъ дѣйствій, которое реализуется въ исторіи дѣятельностью всего человѣческаго рода. Исторія есть рядъ происшествій, которыя кажутся свободными только субъективно. Но въ исторіи дѣйствуетъ не индивидуумъ, а человѣческій родъ, и объективное исторіи должно быть одно для всего рода. Съ кажущеюся свободой частностей исторія соединяетъ необходимость цѣлаго. Однако нравственный порядокъ не есть у Шеллинга нѣчто, внѣ людей существующее; онъ составляетъ общее произведеніе всѣхъ умовъ, насколько всѣ посредственно или непосредственно желаютъ такого порядка. Каждый порядокъ существуетъ, насколько всѣ думаютъ одинаково, и каждый осуществляетъ свое божеское право содѣйствовать господству справедливости [10]). Пухта пошелъ далѣе Шеллинга и впалъ въ крайность, которой остерегся философъ. У Пухты правовой порядокъ получаетъ самобытное существованіе, народно-правовое убѣжденіе отличается рѣзко отъ убѣжденій отдѣльныхъ членовъ народа. Поводомъ къ тому могло послужить извѣстное наблюденіе, удостовѣряющее, что дѣятельность общественнаго союза не можетъ быть сведена на сумму дѣятельностей членовъ его, отдѣльно взятыхъ,—что сила каждаго лица, вступившаго въ союзъ, своеобразно увеличивается вслѣдствіе соединенія съ силами другихъ лицъ. Но понятое и выраженное неправильно, оно привело къ совершенно ошибочному представленію о процессѣ образованія права. Этотъ процессъ объективировался. Образованіе права происходитъ какъ бы внѣ отдѣльныхъ лицъ,

[10]) *Schelling*, цит. въ прим. 4; ср. стр. 427 — 430. О вліяніи Шеллинга на Пухту упоминаютъ біографы послѣдняго; см. введеніе къ *Puchta's* Kleine civilistische Schriften, 1851, стр. VI, XXXVII, XLVII.

въ недоступной имъ области олицетвореннаго народнаго духа. Народно-правовое убѣжденіе не есть убѣжденіе конкретнаго народа. Оно дано ему какъ бы извнѣ, какъ существующее само для себя, самобытною силою; образуясь и развиваясь для людей, оно не создается ими. Таковъ смыслъ, если не буква выводовъ Пухты. Сталю оставалось сдѣлать небольшой шагъ въ томъ же направленіи, чтобы, отрицая въ исторіи человѣчества всякій «дѣйствительный» прогрессъ, указать на Бога, какъ на источникъ права, и въ національномъ различіи правовыхъ убѣжденій народовъ замѣтить различіе ихъ міровыхъ миссій [11]).

По логическому построенію ученіе Пухты вполнѣ апріорно. За исходную точку онъ принялъ положеніе, служившее девизомъ его школы, придалъ ему своеобразный характеръ и вывелъ оттуда частности своего ученія, не справляясь, насколько онѣ согласуются съ дѣйствительностью. Такимъ образомъ отрицаніе произвола въ процессѣ образованія права было передѣлано въ отрицаніе участія человѣческой дѣятельности, а самый процессъ объективированъ. Этимъ путемъ онъ вырывался окончательно изъ рукъ произвола; правовая дѣйствительность, сложившаяся въ силу исторической необходимости, обусловленной свойствами народнаго духа, становилась внѣ вліянія личной воли. Но благодаря объективированію народно-правовое убѣжденіе представлялось какъ бы изначала готовымъ, вслѣдствіе чего «источники» права оказывались не формами образованія, а только формами его выраженія. Признанное за основаніе прочихъ источниковъ, обычное право было отожествлено съ народно-правовымъ убѣжденіемъ и рядъ весьма различныхъ формъ и факторовъ былъ смѣшанъ въ одно нераздѣльное (ср. ниже). Послѣдовательное развитіе основныхъ положеній Пухты вело къ признанію того, что наиболѣе истинное выраженіе права должно было существовать на первоначальныхъ ступеняхъ исторіи народа, когда дѣйствуетъ во всей силѣ непосредственное выраженіе народнаго убѣжденія—обычное право. Предъ наукой открывалась въ прошедшемъ перспектива какого-то золотаго вѣка,

---

11) *Stahl*, Rechts und Staatslehre, B. I § 17, B. II §§ 1, 2, 20, ср. Geschichte der Rechtsphilosophie, стр. 370 (1870).

возстановленіе котораго просилось въ число задачъ науки. Самъ Пухта не былъ расположенъ договориться до подобныхъ крайностей. Онъ выступилъ даже противъ нихъ, когда онѣ были высказаны другими [12]); но тѣмъ не менѣе его теорія давала поводъ къ тому, и мы находимъ эти крайности въ лагерѣ, цѣлямъ котораго соотвѣтствовало воспользоваться ими.

Безелеръ.

§ 4. Ученіе Безелера о народномъ правѣ (Volksrecht) составляетъ характеристическое произведеніе объективизма, употребленнаго въ пользу опредѣленныхъ цѣлей извѣстнаго направленія. Нѣкоторыя частныя положенія Безелера даютъ намъ право предполагать, что онъ болѣе Пухты владѣлъ наблюдательностью. Такъ, онъ замѣтилъ ускользнувшій отъ вниманія Пухты фактъ, что народно-правовое убѣжденіе не дѣйствуетъ непосредственно чрезъ всю массу народа, но выражается и руководится въ различной степени различными индивидуумами. Въ связи съ этимъ, не ограничивая значенія законодателя однимъ пассивнымъ воспроизведеніемъ обычнаго права, Безелеръ указываетъ на его творческую дѣятельность, не идущую въ разрѣзъ съ народнымъ убѣжденіемъ. Онъ не придерживается также Пухтовской крайности относительно значенія обычая, признавая, что обычай не только служитъ выраженіемъ народнаго убѣжденія, но бываетъ нерѣдко и источникомъ этого послѣдняго. Было бы справедливо и отъ общихъ заключеній Безелера ожидать болѣе реальной правды, чѣмъ отъ ученія Пухты. Но небрежность въ обработкѣ выводовъ, — качество, за которое Безелеру не мало досталось отъ его строгаго критика Тёля, и предвзятая цѣль, которою Безелеръ, въ качествѣ германиста, руководился въ своемъ изслѣдованіи, не позволили ему выбраться на вѣрный путь. Безелеръ искалъ такого воззрѣнія на право, которое осудило бы рецепцію римскаго права въ Германіи, какъ ненормальный фактъ, и содѣйствовало бы возстановленію исключительнаго господства національнаго германскаго права. Это стремленіе не дозволяло Безелеру вывести изъ его наблюденій дальнѣйшія заключенія въ пользу того, что національно-правовое убѣжденіе способно измѣняться чрезъ усвоеніе въ началѣ чуждыхъ для него идеа-

---

12) См. его рецензію на сочиненіе Безелера, цитов. въ слѣд. прим.

ловъ. Но, съ другой стороны, было невозможно игнорировать тотъ фактъ, что чуждое Германіи римское право пользуется уже долгое время несомнѣннымъ преимуществомъ предъ національнымъ. Объективизмъ открывалъ такой путь къ разрѣшенію этой дилеммы, на которомъ сохранялись и примирялись обѣ стороны ея. Безелеръ утверждалъ, что рядомъ съ правомъ, выраженнымъ въ общепризнанныхъ источникахъ—обычаѣ, законѣ и юриспруденціи, которые могутъ идти въ разрѣзъ съ народнымъ убѣжденіемъ (и тѣмъ не менѣе не терять своей силы!), существуетъ особое народное право,—вѣрное выраженіе народнаго убѣжденія. Это народное право продолжаетъ существовать и тогда, когда юристы, судъ, законъ, даже обычай отвергаютъ его; какъ бы велико и упорно ни было ихъ уклоненіе, народное право остается неизмѣннымъ, живя въ непосредственномъ сознаніи народа. На основаніи этого Безелеръ считалъ возможнымъ (несмотря на все вліяніе рецепціи) отыскать чистое народное право Германіи, живущее въ сознаніи нѣмецкаго народа, и возвратиться къ состоянію, сходному по своему характеру съ тѣмъ правомъ, которое существовало въ его странѣ до рецепціи. Но, что «право должно не только познаваться, но и образовываться народомъ, было совершенно упущено Безелеромъ изъ виду» (Тёль) [13]).

Объективизмъ.

§ 5. Объективизмъ есть не что иное какъ наклонность приписывать самобытное существованіе порядку, который на самомъ дѣлѣ созданъ умственною и нравственною дѣятельностью людей. Объективизмъ не составляетъ исключительной черты юридическаго мышленія. По своему существу онъ есть видоизмѣненіе наклонности олицетворять отвлеченныя понятія и по своему происхожденію принадлежитъ временамъ, наиболѣе удаленнымъ отъ

---

13) *Beseler*. Volksrecht und Juristenrecht, 1843; *Puchta*, Jahrb. f. wissensch. Kritik., 1844, № 1 — 4; *Beseler*, V. R. и J. R. Erster Nachtrag, 1844; *Thöl*, Volksrecht. Juristenrecht. etc. 1846. Ср. *Schmid*, Theorie und Methodik, 1848, стр. 173 — 178. — Ср. также *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts (3 изд. 1873) §§ 16, 30 и слѣд.; но здѣсь Безелеръ значительно смягчаетъ крайности своего прежняго воззрѣнія и, удаляя ихъ, оттѣняетъ удачно его свѣтлыя стороны.

сознанія идеи прогресса. Объективизмъ—противникъ этой идеи. Прежде всего онъ есть явленіе обыденной жизни. Въ обыденномъ міросозерцаніи забывается быстро трудъ и борьба, потраченные на образованіе какого либо порядка, какъ скоро онъ установился окончательно, и порядокъ этотъ объективируется. Первый источникъ объективизма въ наукѣ заключается въ томъ, что наука принимаетъ обыденное воззрѣніе за дѣйствительное объясненіе предмета, самохарактеристику за вѣрную характеристику, повторяя такимъ образомъ одну изъ наиболѣе распространенныхъ ошибокъ исторической оцѣнки человѣческой дѣятельности. На почвѣ нѣмецкой науки XIX столѣтія мы встрѣчаемся съ остатками вымирающаго объективизма. Хотя Пухта и Безелеръ шли въ этомъ отношеніи много далѣе господствовавшихъ въ ихъ время философскихъ воззрѣній, однако въ объективизмѣ этихъ послѣднихъ не могло не заключаться поощренія тому же качеству въ юридическихъ воззрѣніяхъ. По Шеллингу, если мы представимъ исторію въ видѣ драмы, въ которой каждый участвующій выполняетъ свою роль вполнѣ свободно, по своему усмотрѣнію, то разумное развитіе этой спутанной игры объясняется только тѣмъ, что существуетъ одинъ духъ, который дѣйствуетъ во всѣхъ и согласовалъ изначала объективный исходъ цѣлаго со свободною игрою отдѣльныхъ лицъ, такъ что въ концѣ концовъ должно произойти дѣйствительно нѣчто разумное. Въ каждомъ отдѣльномъ разумѣ дѣйствуетъ абсолютное [14]). По Гегелю, народный духъ есть лишь индивидуумъ въ ходѣ всемірной исторіи. Всемірная исторія есть изображеніе божественнаго, абсолютнаго процесса духа въ его высшихъ формахъ, того послѣдовательнаго процесса, путемъ котораго міровой духъ достигаетъ самосознанія. Формы, въ которыхъ проявляются стадіи этого процесса, мы видимъ въ духѣ отдѣльныхъ народовъ, въ индивидуальности ихъ нравственной жизни, учрежденій, искусства, религіи и науки. Реализація этихъ стадій составляетъ цѣль безконечнаго влеченія міроваго духа, его непреодолимаго стремленія [15]). По взгляду обоихъ философовъ, источникомъ морали

14) *Schelling*, System etc., 1800, стр. 436—437.

15) *Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Einleitung, A. (изд. 1848, стр. 66).

и права служитъ объективная всеобщая воля, и правовые институты существуютъ не для человѣка, но имѣютъ болѣе высшее назначеніе. Ихъ цѣль заключается въ нихъ самихъ, какъ необходимыхъ стадіяхъ, которыхъ достигаетъ абсолютное въ своемъ историческомъ развитіи.—Нѣтъ надобности искать сходство между юридическими и философскими воззрѣніями въ ихъ подробностяхъ; подобіе же ихъ характера не подлежитъ сомнѣнію.—Особенное тожество сказывалось въ пониманіи развитія. Развитіе понималось такъ, «какъ будто бы оно необходимо предполагаетъ, что во всемъ существуетъ *внутреннее* стремленіе стать чѣмъ-то высокимъ» (Спенсеръ). Такъ думали и философы, и Савиньи, и его послѣдователи. Извѣстная метафора сравнивала развитіе права съ развитіемъ зерна, которое будто бы «само собою» превращается въ широкоствольное дерево,—какъ будто бы дерево не обязано своимъ происхожденіемъ столько же окружающей его средѣ, сколько и зерну! Не замѣчали, что «развитіе опредѣляется во всѣхъ случаяхъ взаимодѣйствіемъ внутреннихъ и внѣшнихъ факторовъ» (Спенсеръ). И какъ дерево происходитъ столько же изъ зерна, сколько изъ окружающихъ его газовъ, воды и элементовъ почвы, такъ же любой правовой институтъ развивается не самъ собою, но чрезъ взаимодѣйствіе многихъ факторовъ, изъ которыхъ главные надо искать внѣ области права.—Не даромъ представителей исторической школы называютъ также романтиками юриспруденціи [16]). Внося въ науку принципъ, въ сущности враждебный романтизму, историческая школа тѣмъ не менѣе не съумѣла освободиться отъ вліянія формъ этого послѣдняго. Она идеализировала и поэтизировала жизнь, заслоняя дѣйствительность плодами фантазіи и облекая область самосознанія въ мистическую атмосферу. Строго очер- Романтизмъ

---

[16]) См., напримѣръ, *Lenz*, Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts, 1854, стр. 6; *Ihering*, Kampf ums Recht; ср. *Милль*, Размышленія о представительномъ правленіи, стр. 10 (рус. пер.). Англійскій мыслитель совершенно сошелся съ нѣмецкими критиками. Разбирая воззрѣніе на способъ образованія государственныхъ формъ, своимъ характеромъ весьма однородное съ теоріей нѣмецкой школы, Милль называетъ это воззрѣніе сентиментальнымъ.

ченныя формы исключались неопредѣленностью идей, которыя расплывались въ неясныхъ, безформенныхъ представленіяхъ. Слѣдуя романтикамъ, юристы стремились къ наивному и народному, видя источникъ права въ простодушномъ народномъ убѣжденіи; и относясь недовѣрчиво къ сознательной творческой дѣятельности законодателя и юриспруденціи, были какъ бы склонны считать высшимъ состояніемъ праздное и безцѣльное прозябаніе. Принципъ національности, сродный и романтизму, служилъ исторической школѣ девизомъ; и германисты, подобные Безелеру, были не прочь искать идеаловъ въ народномъ правѣ Германіи, прозябавшемъ изстари внѣ всякой рефлексіи. Позднѣйшее же уклоненіе философіи права, въ лицѣ Сталя, въ сторону религіозныхъ и реакціонныхъ принциповъ гармонировало съ общимъ реакціоннымъ поворотомъ дѣятельности позднѣйшихъ представителей романтической школы [17]).

Результатъ. § 6. Таково было воззрѣніе исторической школы, если не въ лицѣ ея основателя, то въ лицѣ другихъ главныхъ представителей ея. Въ ученіи трехъ наиболѣе популярныхъ корифеевъ нѣмецкой юриспруденціи первой половины настоящаго столѣтія, Савиньи, Пухты и Безелера, сосредоточились характеристическія черты первыхъ изслѣдованій объ образованіи гражданскаго права. Цѣпь преемства, связующая послѣдователей Савиньи съ достославнымъ учителемъ ихъ, заставляетъ часто относить на его счетъ все высказанное нѣмецкою юриспруденціею по этому предмету. Но, всматриваясь въ историческое развитіе теоріи образованія права, не трудно отличить въ ней ея первоначальный элементъ, принадлежащій основателю исторической школы, отъ элемента, внесеннаго въ нее его многочисленными послѣдователями. Въ настоящее время было бы гораздо менѣе поводовъ къ осужденію «господствующаго» ученія, если бы ученики съумѣли сохранить въ чистотѣ мысли своего учителя. Историческое значеніе достигнутыхъ ими результатовъ не превысило значенія плодовъ дѣятельности самого Савиньи. Оно состояло въ

---

17) Для характеристики романтизма ср. *Hettner*, Die romantische Schule, 1850; *Brandes*, Die Hauptströmungen der Literatur etc., I i. f. и II; *Каррьеръ*, Искусство въ связи съ развитіемъ культуры, V, стр. 373 сл. (рус. пер. Корша).

томъ, что изъ юриспруденціи удалялась всякая мысль о произволѣ и случаѣ, какъ объ источникахъ права, и такъ или иначе водворялась идея его закономѣрнаго развитія. Первоначальная теорія не шла далѣе этого. Она не уклонялась совершенно отъ попытокъ установить частности ученія и развить его въ систему; но относящіяся сюда попытки отличались апріорнымъ происхожденіемъ и неполнотою анализа, которая породила неясность въ идеяхъ. Во многихъ выводахъ, напримѣръ, Безелера чувствуется нѣкоторое реальное основаніе; но туда же включено много произвольнаго, созданнаго въ духѣ ложно понятой основной идеи, а съ другой стороны не различено многое, различеніе чего было бы важно. Частныя руководящія понятія исторической школы, каковы понятія «общенароднаго правоваго убѣжденія», «народнаго духа», «правоваго организма» и «органическаго» развитія права, не содержа какихъ либо самостоятельныхъ истинъ, были по большей части только фигуральными выраженіями одной и той же основной идеи. «Было легко создавать дѣйствительность путемъ аналогій, вмѣсто того чтобы изслѣдовать ее тщательно и подробно». (Карьеръ). Нѣкоторымъ аналогіямъ историческая школа не мало обязана, можетъ быть, распространеніемъ своей основной идеи. Но онѣ же внесли въ юриспруденцію туманъ, который покрылъ собою процессъ образованія права, въ его деталяхъ, и надолго скрылъ ихъ отъ изслѣдователя.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Ученіе объ общемъ народно-правовомъ убѣжденіи.

Два смысла законо-мѣрности.

§ 7. Утверждая въ той или иной формѣ закономѣрность историческаго развитія права, Савиньи и его послѣдователи имѣли въ виду по преимуществу общій смыслъ этого факта, что вмѣстѣ съ тѣмъ было отрицаніемъ противоположнаго воззрѣнія на образованіе права. Но то же утвержденіе могло имѣть еще другой, болѣе конкретный смыслъ. Подъ закономѣрностью слѣдовало бы разумѣть совокупность отдѣльныхъ законовъ, которые управляютъ развитіемъ права, и отъ общаго утвержденія закономѣрности направиться къ изслѣдованію этихъ законовъ. Съ этой точки зрѣнія право есть группа явленій среди другихъ группъ явленій общественной жизни; отношенія, въ которыхъ состоятъ явленія этой группы между собою и къ явленіямъ другихъ группъ, отличаются постоянствомъ; эти постоянныя отношенія или законы коренятся въ природѣ человѣка и общества, и дѣйствительное право есть историческій продуктъ многообразныхъ сочетаній этихъ законовъ.—Въ одномъ изъ своихъ положеній историческая школа сдѣлала попытку такого изслѣдованія закономѣрности. И Савиньи, и послѣдователи его утверждали, что существуетъ извѣстная зависимость права отъ *общаго народноправоваго убѣжденія*, которое въ свою очередь опредѣляется характеромъ, или, какъ любили выражаться, ду-

Общее убѣжденіе.

хомъ народа и всѣмъ предшествующимъ его исторіи. Однако это положеніе не было выяснено съ надлежащею полнотою.

Слово «убѣжденіе» обнимаетъ два момента одного и того же психическаго явленія. Убѣжденіе есть, вопервыхъ, психическое состояніе личности; вовторыхъ, оно есть содержаніе извѣстной увѣренности. Вотъ эти то два смысла и не были различены съ достаточною ясностью:

Первый моментъ.

1. Съ исторической точки зрѣнія называть правомъ слѣдуетъ совокупность только такихъ юридическихъ нормъ, которыя дѣйствительно примѣняются въ жизни. Это и есть право *дѣйствующее*, въ строгомъ смыслѣ этого слова. Въ его составъ входитъ положительное право, т. е. правила закона или обычая, но лишь настолько, насколько они примѣняются на практикѣ отдѣльными лицами или судебною властью: положительное право ограничивается, видоизмѣняется и дополняется подъ вліяніемъ нравственныхъ воззрѣній, чувства справедливости, привычекъ и предразсудковъ, свойственныхъ тѣмъ лицамъ, которыя его примѣняютъ. — *Примѣненіе* права имѣетъ тотъ существенный интересъ, что свидѣтельствуетъ о существованіи въ обществѣ расположенія къ праву,—расположенія настолько сильнаго, что на дѣлѣ осуществляется обязательность данныхъ правилъ. Но очевидно, что такое расположеніе лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, раздѣляется всѣмъ обществомъ, во всей его совокупности; несравненно чаще оно исходитъ отъ господствующей части общества, которая тѣмъ или другимъ способомъ владычествуетъ надъ остальными его членами. Правовой порядокъ, который дѣйствуетъ въ данномъ обществѣ, есть нѣкоторая средина между порядкомъ, желательнымъ съ точки зрѣнія лучшихъ, передовыхъ членовъ общества, и порядкомъ, соотвѣтствующимъ стремленіямъ и желаніямъ членовъ, оставшихся позади по своему нравственному и умственному развитію. Чѣмъ развитѣе и обширнѣе общество, тѣмъ значительнѣе разстояніе между передовою и отсталою частями его. Когда это разстояніе переступаетъ извѣстные предѣлы, тогда во многихъ отношеніяхъ полное однообразіе права нарушается, и общество распадается на слои, изъ которыхъ каждый обладаетъ въ той или иной мѣрѣ своимъ особеннымъ правомъ. Съ другой стороны, нѣсколько обще-

ственныхъ круговъ, вначалѣ обособленныхъ, могутъ сливаться въ одно общество, образуя его слои. И въ томъ, и другомъ случаѣ каждый слой, по отношенію къ своему особенному праву подраздѣляется на передовые и отсталые элементы, подобные тѣмъ, которые существуютъ въ цѣломъ обществѣ относительно общаго права.—Остановимся на элементѣ господствующемъ или руководящемъ, расположеніемъ котораго собственно и держится каждый правовой порядокъ. Сила этого элемента и степень его перевѣса надъ остальными обусловливаются не столько численнымъ отношеніемъ, сколько соотношеніемъ умственнаго и особенно нравственнаго развитія обѣихъ сторонъ [18]). Разная сила требуется для того, чтобы настоять на всеобщемъ примѣненіи какого либо правила, или для того, чтобы только установить (издать) его какъ юридическую норму. Часто бываетъ, что руководящее большинство издаетъ законы, на полное проведеніе

---

[18]) *Милль*, Размышленія о представительномъ правленіи, стр. 14—17 (руск. пер. 1863): «Что разумѣется подъ силой, когда говорятъ, что самая значительная сила будетъ значительнѣйшей силой и въ правленіи? Не мускулы и не жилы; иначе чистая демократія была бы единственно возможною гражданственною формой. Къ силѣ мускуловъ присоедините два другіе элемента,—собственность и умъ, и мы будемъ ближе къ истинѣ, хотя все еще далеки отъ нея. Не только меньшинство руководитъ большинствомъ, иногда въ большинствѣ можетъ преобладать собственность и дарованіе, и при всемъ томъ оно бываетъ въ подчиненіи насильственномъ или какомъ другомъ у меньшинства, которое въ томъ или другомъ отношеніи стоитъ ниже его. Чтобы всѣ эти разнообразные элементы силы могли имѣть политическое вліяніе, они должны быть организованы... Общественная сила, имѣющая стремленіе переходить въ политическую силу, не есть сила инерціи, пассивная, но дѣятельная; другими словами, сила, которую дѣйствительно прилагаютъ на дѣлѣ, есть, собственно говоря, очень небольшая доля существующей силы. Говоря политическимъ языкомъ, большая часть всякой силы состоитъ въ волѣ... Мнѣніе, образуя волю, само по себѣ есть одна изъ значительнѣйшихъ силъ. Одно лицо съ убѣжденіемъ есть соціальная сила, равная девяносто девяти лицамъ, имѣющимъ только одни интересы... Какъ люди мыслятъ, опредѣляетъ что они дѣлаютъ, и если мнѣнія и убѣжденія обыкновенныхъ людей въ гораздо большей мѣрѣ зависятъ отъ ихъ личнаго положенія, чѣмъ отъ разума, то не малое вліяніе имѣютъ на нихъ мнѣнія и убѣжденія тѣхъ, которые занимаютъ иное положеніе, чѣмъ они, и совокупный авторитетъ образованныхъ людей».

которыхъ въ жизнь у него не хватаетъ достаточной силы.— Отдѣльныя личности, которыя своею совокупностью образуютъ господствующій элементъ общества, проявляютъ свое расположеніе къ дѣйствующему правовому порядку въ различныхъ формахъ; одни изъ нихъ ясно сознаютъ полезность данной юридической нормы, у другихъ такое сознаніе достаточно смутно, третьи наконецъ, не отдавая себѣ никакого отчета въ томъ, зачѣмъ нуженъ данный порядокъ, подчиняются насильно авторитету людей, признанныхъ ими за руководителей общества.— Что замѣчается въ господствующей части общества, то же самое повторяется въ другой части общества, именно въ той, которая относится недружелюбно къ дѣйствующему праву. И здѣсь разная сила требуется для произведенія разныхъ результатовъ: менѣе энергіи надо для того, чтобы ослабить или парализовать данный порядокъ, и болѣе для того, чтобы замѣнить его другимъ легальнымъ. И здѣсь чувство нерасположенія къ данному порядку видоизмѣняется подобно тому, какъ тамъ видоизмѣняется чувство расположенія къ нему.

Все сказанное не дозволяетъ принять безъ оговорокъ терминъ «общее народно-правовое убѣжденіе». Вопервыхъ, опредѣленіе «общее» не имѣетъ существеннаго значенія. Расположеніе къ нормѣ можетъ въ концѣ концовъ сдѣлаться всеобщимъ, и такъ, можетъ быть, произошло въ цивилизованныхъ обществахъ относительно наиболѣе элементарныхъ юридическихъ принциповъ,—но во всякомъ случаѣ такой исходъ не требуется для того, чтобы назвать норму юридическою. Вовторыхъ, не имѣетъ существеннаго значенія и опредѣленіе «народное». Народъ составляетъ одну изъ наиболѣе крупныхъ общественныхъ единицъ, которыя способны развивать въ себѣ право; но каждый общественный кругъ и союзъ, связанный общностью интересовъ и условій историческаго развитія, принадлежитъ также къ разряду такихъ единицъ,—обстоятельство, болѣе другихъ, обратившее на себя вниманіе критиковъ Савиньи и Пухты. Втретьихъ, терминъ «убѣжденіе» не вполнѣ соотвѣтствуетъ сущности того, что онъ обозначаетъ. Римскіе юристы ближе были къ истинѣ, когда называли то же явленіе молчаливымъ соглашеніемъ гражданъ (tacita civium conventio), и слова: со-

чувствіе, одобреніе, расположеніе были бы въ данномъ случаѣ наиболѣе годными; слово «убѣжденіе» должно быть удержано для обозначенія высшей степени расположенія къ дѣйствующему праву [19]).—Это расположеніе есть извѣстный *психическій моментъ* въ жизни лицъ, составляющихъ общество. Само по себѣ сочувствіе не имѣетъ опредѣленнаго содержанія и не состоитъ въ какомъ либо особенномъ отношеніи къ отдѣльнымъ формамъ

[19]) Когда въ общемъ своемъ составѣ среда, склоняющаяся къ извѣстному правовому порядку, сильна на столько, сколько нужно для того, чтобы установить и поддерживать этотъ порядокъ, тогда расположеніе къ нему во всѣхъ своихъ формахъ сопровождаются волею и «общее убѣжденіе» есть общая воля. Это именно состояніе имѣло въ виду историческая школа, отождествляя два названныя понятія, и несправедливо было бы упрекать ее по этому поводу. Если убѣжденіе не совпадаетъ съ волею, если, наприм., существуютъ рабовладѣльцы, убѣжденные въ беззаконности рабства и тѣмъ не менѣе продолжающіе жить въ старомъ порядкѣ, то это не значитъ непремѣнно, что степень убѣжденія этихъ рабовладѣльцевъ, взятыхъ въ отдѣльности, сама по себѣ недостаточна для перехода убѣжденія въ волю (хотя это и можетъ быть), но значитъ, что число лицъ, склонныхъ въ той или другой степени къ уничтоженію рабства, вообще недостаточно для совершенія реформы, или, иначе, что наклонность къ новому порядку вещей, существующая въ средѣ даннаго общества, въ общей своей суммѣ не достигло той распространенности, которая необходима при данныхъ условіяхъ для измѣненія существующаго порядка, хотя у нѣкоторыхъ лицъ она могла достигнуть высшей степени своего развитія. О несогласіи убѣжденія съ волею можно говорить по отношенію къ отдѣльнымъ личностямъ. Но «общее» (т. е. принадлежащее руководящему большинству) убѣжденіе есть всегда и общая воля; если бы оно не было волею, то не могло бы быть названо убѣжденіемъ общимъ, т. е. убѣжденіемъ большинства, ибо подъ большинствомъ здѣсь понимается такая среда людей, которая всегда въ состояніи реализировать свои юридическія идеи. Это большинство, какого бы состава оно ни было, представляетъ намъ «народъ» даннаго времени, почему убѣжденіе и воля большинства есть убѣжденіе и воля народа, и юристы должны считаться представителями народа, какъ скоро ихъ убѣжденія реализуются, несмотря на всѣ возможные протесты ихъ противниковъ. Не надо смѣшивать два возможные смысла слова народъ: народъ, какъ общество въ его цѣломъ, и народъ, какъ часть общества, противополагаемая другой его части, напр., юристамъ, или вообще образованнымъ классамъ. Юристы составляютъ часть народа въ первомъ смыслѣ, и если имъ принадлежитъ первенствующая роль въ созданіи права, то они суть и главные представители «народнаго» правоваго воззрѣнія.

образованія права (къ закону, обычаю и т. п.), но сопутствуетъ каждой юридической нормѣ, какого бы содержанія она ни была и въ какой бы формѣ она ни выражалась. Такимъ образомъ описанный нами психическій моментъ есть *общее условіе образованія юридическихъ нормъ*. Это обстоятельство ускользнуло отъ вниманія исторической школы. И Пухта, и Безелеръ, а за ними многіе другіе, говоря о «народномъ убѣжденіи» въ указанномъ здѣсь смыслѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ приписывали ему нѣкоторое опредѣленное содержаніе; отсюда у Пухты получилось поглощеніе всѣхъ формъ права «народнымъ убѣжденіемъ», а Безелеръ впалъ въ противоположную крайность и создалъ фантастическій дуализмъ «народнаго» и «не народнаго» права

Второй моментъ.

2. Слово «убѣжденіе» относится не только къ психическому состоянію убѣжденнаго, но также къ содержанію тѣхъ идей, тѣхъ принциповъ, въ которыхъ кто либо убѣжденъ. Съ понятіемъ правовыхъ убѣжденій связывается понятіе о содержаніи юридическихъ нормъ, къ которымъ убѣжденія относятся. Слѣдуетъ различать этотъ двоякій смыслъ слова «убѣжденіе». Понятно, что въ дѣйствительности оба эти элемента убѣжденія совпадаютъ: какъ скоро существуетъ расположеніе, то оно есть расположеніе къ чему либо; и наоборотъ, каждая дѣйствующая норма, представляя то или другое содержаніе, предполагаетъ расположеніе къ себѣ со стороны той или другой части общества. Не смотря на это, несмотря также на то, что существуетъ нѣкоторое соотвѣтствіе между родомъ содержанія юридическихъ нормъ и видами сочувствія, на которомъ онѣ основываются, представляется однако цѣлый рядъ вопросовъ, относящихся отдѣльно къ каждой изъ указанныхъ двухъ сторонъ разсматриваемаго явленія. Къ разряду такихъ вопросовъ принадлежалъ и тотъ, который особенно интересовалъ писателей исторической школы, когда они вели рѣчь о народно-правовомъ убѣжденіи. Утверждая зависимость права отъ народной жизни, эти писатели желали вмѣстѣ съ тѣмъ показать, что данное содержаніе юридическихъ нормъ обусловлено всѣмъ прошедшимъ ходомъ народной исторіи. Для достиженія этой послѣдней цѣли нельзя было удовлетвориться общимъ указаніемъ на народное убѣжденіе, но требовалось изслѣдованіе факторовъ, образую-

щихъ право,—изслѣдованіе, которое показало бы, какимъ путемъ жизнь даетъ содержаніе «правовому убѣжденію» и вытекающему изъ него праву, и, служа общимъ источникомъ того и другаго, связываетъ ихъ прошедшее съ настоящимъ. Игнорируя такое изслѣдованіе, юристы просто признали «народное убѣжденіе» за звено, которое связываетъ право настоящаго съ правомъ прошедшаго, а отсюда слѣдовало, что народно-правовое убѣжденіе, будучи общимъ источникомъ права въ прошедшемъ и настоящемъ, по содержанію своему самобытно и неподвижно. Отъ науки ускользнулъ процессъ образованія народнаго убѣжденія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ начала до того момента, когда убѣжденіе принимаетъ наконецъ видъ юридической нормы.—Къ этому вело еще другое заблужденіе. Не трудно было замѣтить, что юридическія нормы одного и того же народа въ своей совокупности представляютъ нѣкоторое характерное единство, отличаются національнымъ характеромъ. Это единство легко объясняется постоянствомъ дѣйствующихъ факторовъ; къ тому же оно не есть что либо конкретное, но составляетъ лишь нашу мысль, плодъ нашего обобщенія: дѣйствительность представляетъ намъ рядъ нормъ, мы же открываемъ между ними характеристическія сходства и, соединяя эти сходства въ одно цѣлое, создаемъ понятіе о національномъ характерѣ даннаго права. Однако подобный взглядъ на предметъ не былъ въ духѣ нѣмецкой юриспруденціи начала настоящаго столѣтія. Она *воплотила* національное единство права въ «народномъ духѣ» и понимала этотъ «духъ» не какъ символъ, а какъ нѣчто реальное; сходство юридическихъ нормъ одного народа объяснялось какъ слѣдствіе того обстоятельства, что исторія права есть не болѣе какъ постоянный процессъ откровенія народнаго духа», который дѣйствуетъ чрезъ отдѣльныхъ членовъ народа скрытымъ отъ нихъ путемъ. «Народный духъ» объяснялъ самобытность и неподвижность народно-правоваго убѣжденія; оно не выработывалось въ исторіи, но, изначала готовое, лишь проявлялось въ ней путемъ постепеннаго откровенія. Ошибка, обусловленная несовершенствомъ анализа, гармонировала съ общимъ характеромъ историко-философскихъ воззрѣній своего времени.

Обычное право.

§ 8. Та же основная мысль развивалась далѣе въ ученіи объ обычномъ правѣ (Савиньи, Пухта)[20]. Въ обычномъ правѣ усматривали *непосредственное* выраженіе народно-правоваго убѣжденія; въ немъ именно, болѣе чѣмъ въ какой либо другой формѣ, открывался народный «духъ». Процессъ постепеннаго историческаго образованія обычнаго права игнорировался точно такъ же, какъ игнорировался тотъ же процессъ по отношенію къ самому народно-правовому убѣжденію. Обычное право представлялось *первою* формою, въ которой проявляется право (юридическія нормы) въ исторіи; другія формы (законъ, право юристовъ) выростаютъ до извѣстной степени изъ обычнаго права путемъ его развитія или переработки и хороши настолько, насколько не идутъ въ разрѣзъ съ обычнымъ правомъ.—Такая теорія обычнаго права, до сихъ поръ распространенная въ юридической литературѣ, вызываетъ на многія замѣчанія. Первое: теорія не давала правильнаго представленія о происхожденіи обычнаго права въ каждомъ данномъ случаѣ. Большое недоразумѣніе порождалось вслѣдствіе неправильнаго толкованія словъ: убѣжденіе и обычай. До исторической школы говорили, что убѣжденіе складывается изъ обычая и хотѣли характеризовать этимъ образованіе обычнаго права, какъ нѣчто случайное; историческая школа провозгласила наоборотъ: обычай родится изъ убѣжденія. На самомъ дѣлѣ оба разрѣшенія неправильны. Въ данномъ случаѣ убѣжденіе и обычай не составляютъ двухъ предметовъ, о преемственномъ появленіи которыхъ возможно говорить. Убѣжденіе и обычай составляютъ двѣ стороны, двѣ принадлежности одного и того же предмета. Въ развитомъ обычномъ порядкѣ есть убѣжденіе (какъ психическое состояніе людей, соблюдающихъ этотъ порядокъ) и соотвѣтствующій этому убѣжденію обычай,—какъ внѣшній образъ дѣйствій тѣхъ же людей. Когда же обычный порядокъ еще не развитъ окончательно, тогда одинаково неразвиты и убѣжденіе, и обычай. Ихъ развитіе идетъ паралельно, въ каждый данный моментъ они обусловливаются взаимно.—Второе: теорія не совсѣмъ вѣрно опредѣ-

---

20) *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, 1883, §§ 38, 29 и 37.

ляла историческую роль обычнаго права. Справедливо, что ему принадлежитъ большая роль особенно на первоначальныхъ ступеняхъ гражданскаго правосудія; однако несправедливо видѣть въ обычномъ правѣ единственный «источникъ» права того времени. Не меньшею древностью обладаютъ юридическая сдѣлка и судебное рѣшеніе. Сдѣлка служитъ на первыхъ порахъ настоящимъ «источникомъ» права; въ ней *формулируется* юридическая норма,—только не сразу, а путемъ послѣдовательной разработки ряда случаевъ. Одинаковыя сдѣлки повторяются, повторяются одинаковыя рѣшенія, образуется сила прецедента и складывается обычное право. Будучи повторена въ сотый или тысячный разъ, сдѣлка не создаетъ новую норму, но лишь *примѣняетъ* норму, сложившуюся прежде при ея же содѣйствіи, а теперь перешедшую въ обычай. Незамѣтно, въ каждой новой сдѣлкѣ что либо новое можетъ присоединяться къ старому, и тогда сдѣлка выступаетъ въ качествѣ средства, которое видоизмѣняетъ обычай. И никогда сдѣлка не утрачиваетъ своего творческаго значенія. Мы встрѣчаемъ ее въ этой роли и въ позднѣйшемъ правѣ, когда главнымъ и могучимъ источникомъ юридическихъ нормъ является законодательство. Всѣ законодательства допускаютъ и охраняютъ договоры, какого бы то ни было содержанія (хотя бы прямо не предусмотрѣнные закономъ), подъ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы они не противорѣчили общимъ началамъ дѣйствующаго въ странѣ права; въ сущности, этимъ самымъ признается творческая роль договора и открывается возможность вводить въ гражданскую жизнь такія формы правовыхъ отношеній, которыя дотолѣ были ей совершенно неизвѣстны. Такимъ образомъ развивается право путемъ *казуильнаго творчества*. То же творчество сказывается въ судебномъ рѣшеніи. Въ первоначальное время не только законодательныя и судебныя *власти* принадлежатъ одному и тому же органу, но не различаются самыя законодательныя и судебныя *дѣятельности*. Судья, полагаясь на свой собственный авторитетъ, опредѣляетъ порядокъ, которому тяжущіеся должны слѣдовать въ данномъ случаѣ, и тутъ же примѣняетъ этотъ порядокъ въ своемъ рѣшеніи; но, какъ повторяются одинаковыя сдѣлки, такъ же точно повторяются одинаковыя судебныя рѣшенія. Въ

судѣ образуется и дѣйствуетъ прецедентъ, складывается обычное право. Выдающіяся личности среди судей отличаются созидательною дѣятельностью, остальные же повторяютъ старыя судебныя рѣшенія. Обычай, сложившійся внѣ суда, выработанный въ гражданскомъ оборотѣ, также не можетъ остаться безъ вліянія на судебныя рѣшенія. Такимъ образомъ судебное рѣшеніе становится въ большинствѣ случаевъ по преимуществу примѣненіемъ юридическихъ нормъ, выработанныхъ ранѣе гражданскимъ оборотомъ или самимъ судомъ; но и въ такихъ рѣшеніяхъ что либо новое присоединяется незамѣтно къ старому, такъ что рѣшеніе не утрачиваетъ вполнѣ своего творческаго значенія. И въ позднѣйшемъ правѣ, когда гражданское право направляется законами, судебное рѣшеніе не утрачиваетъ окончательно своей творческой функціи; въ древнѣйшее же время юридическая сдѣлка, судебное рѣшеніе и обычное право исчерпываютъ собою кругъ «источниковъ права». Обычное право выработывается первыми двумя источниками и само замѣтно вліяетъ на ихъ производительность.—Третье: изъ всего сказаннаго явствуетъ, какъ несправедливо называть обычное право *непосредственнымъ* выраженіемъ народнаго убѣжденія. Какъ все другое, обычное право выработывается и скорѣе само служитъ формою, которую постепенно принимаютъ продукты другихъ юридическихъ формъ, нежели даетъ имъ начало. Такъ, нормы, выработанныя первоначально сдѣлкою, судебнымъ рѣшеніемъ или закономъ, постепенно укореняются въ обществѣ и воспитываютъ въ немъ соотвѣтствующія убѣжденія и обычаи, такъ что въ концѣ концовъ начинаютъ соблюдаться въ силу этихъ убѣжденій и обычаевъ. Въ этомъ случаѣ обычное право является *вторичною* формою, въ которую воплощается право, возникшее въ другихъ формахъ.—Наконецъ четвертое: исторической школѣ надо сдѣлать еще и тотъ упрекъ, что она не различаетъ ясно обычное право отъ обычнаго порядка вообще. Обычный порядокъ отношеній въ широкомъ объемѣ служитъ подкладкою дѣйствующихъ юридическихъ нормъ и, въ свою очередь, находится постоянно подъ ихъ вліяніемъ; но обычнымъ правомъ мы называемъ только ту часть этого порядка, которая непосредственно, въ качествѣ общепризнаннаго высшаго

авторитета, вліяетъ на судью (въ широкомъ смыслѣ) при постановленіи имъ судебнаго рѣшенія. Такое безпрекословное повиновеніе судъ склоненъ оказывать по преимуществу тѣмъ обычаямъ, которые созданы его же вліяніемъ. Во всякомъ случаѣ такое отношеніе къ обычаю постепенно ограничивается, съ одной стороны, вслѣдствіе того, что между обычаемъ и судьею становится законодатель, съ другой же стороны вслѣдствіе роста критической способности судьи. Наконецъ при расширеніи государственной территоріи и усложненіи отношеній въ обществѣ, при постепенномъ развитіи разнородностей въ составѣ даннаго общества остается все менѣе и менѣе условій, благопріятствующихъ образованію такихъ обычаевъ, которые одинаково признавались бы всѣми и повсюду.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Идея психическаго труда.

§ 9. Философскій объективизмъ наноситъ тотъ вредъ историческому воззрѣнію на право, что отклоняетъ вниманіе изслѣдователя отъ вопросовъ, которые составляютъ непосредственный предметъ науки права и выдвигаютъ на первый планъ вопросы, разрѣшеніе которыхъ не входитъ въ задачи юриспруденціи и не имѣетъ особой цѣны вслѣдствіе неполноты и неопредѣленности данныхъ, на которыхъ по необходимости оно будетъ основываться подъ перомъ юриста. Что въ объективизмѣ прочно и полезно, то внесено въ юриспруденцію уже идеею закономѣрнаго развитія; что въ объективизмѣ содержится сверхъ этой идеи, то лишь бросаетъ науку въ область гадательныхъ предположеній. Первый основной и элементарный фактъ въ процессѣ образованія права состоитъ въ томъ, что появленіе юридическихъ нормъ въ извѣстномъ обществѣ, насколько ихъ возникновеніе доступно наблюденію, бываетъ всегда связано съ дѣятельностью самого общества, которая выражается такъ или иначе въ дѣятельности большаго или меньшаго числа членовъ его. Идея закономѣрнаго развитія опредѣляетъ характеръ этой дѣятельности. Дѣятельность общества въ процессѣ образованія права слѣдуетъ извѣстному порядку какъ внутри себя, такъ и относительно дѣятельности, касающейся другихъ сферъ,—отдѣльные акты дѣятельности общества подчинены извѣстнымъ постояннымъ отношеніямъ, законамъ. Далѣе необходимо изслѣ-

Вредная сторона объективизма.

довать проявленіе этой закономѣрности въ отдѣльныхъ частныхъ случаяхъ, общую идею переложить на конкретный языкъ, опредѣляя, *какъ именно, въ какомъ порядкѣ* происходитъ образованіе права,—понимая подъ порядкомъ выраженіе той обоюдной зависимости, которая связываетъ акты образованія права между собою и со всѣми другими актами дѣятельности человѣка, какъ члена общества. Что же касается до объективизма, то, не ограничиваясь стремленіемъ удовлетворить этой, несомнѣнно весьма широкой задачѣ, онъ поднимаетъ и пытается разрѣшитьеще новый вопросъ,—вопросъ объ источникѣ самой закономѣрности въ исторіи. Онъ представляетъ право системою принциповъ, существующею самобытно, въ человѣкѣ и человѣчествѣ находящею органъ для своего реальнаго осуществленія въ мірѣ; акты правовой жизни суть только послѣдовательное и постепенное выраженіе высшихъ юридическихъ идей. Историческіе законы права измѣняются въ этомъ воззрѣніи въ самобытные юридическіе принципы, стремящіеся къ осуществленію въ человѣчествѣ. Самъ по себѣ этотъ шагъ, хотя и не обнаруживаетъ подъ собою прочнаго фундамента, не вноситъ какой либо неправильности въ ходъ научной мысли. Но неправильность возникаетъ, какъ скоро умаляется значеніе перваго шага предъ преувеличеннымъ значеніемъ втораго шага. Какъ скоро предполагаютъ, что правовые принципы имѣютъ самобытное значеніе, то является потребность познать эти принципы, этотъ объективный правовой организмъ самъ въ себѣ, и умаляется интересъ, который имѣетъ изслѣдованіе права какъ совокупности результатовъ исторической дѣятельности человѣчества. Не замѣчаютъ, что независимо отъ того, справедливо или нѣтъ объективное воззрѣніе на право, образованіе юридическихъ нормъ въ исторіи,—все равно будетъ ли это дѣйствительное творчество ихъ человѣкомъ, или только познаніе самобытно существующей системы, — *всегда соединено, какъ съ непремѣннымъ условіемъ, съ извѣстною затратою психическаго труда.* Эта затрата представляется *историческою причиною* образованія права. Для человѣка и общества формулированіе юридическихъ нормъ, въ какой бы формѣ оно ни происходило, есть въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ результатъ опредѣленнаго психическаго напряженія, опредѣленной психической

дѣятельности. Значеніе этой послѣдней въ историческомъ процессѣ образованія права останется неизмѣннымъ, каково бы ни оказалось ея абсолютное значеніе. Поэтому изслѣдованіе условій, при которыхъ проявляется эта психическая дѣятельность ея формъ и послѣдствій, существенно важно какъ въ практическомъ, такъ въ научномъ отношеніи, и осуществимо помимо изслѣдованія абсолютнаго философскаго значенія ея. Законы историческаго образованія права составляютъ предметъ юридической науки; раскрытіе же самого источника его закономѣрности, если только оно доступно человѣческому уму, не входитъ въ юриспруденцію. Оно составляетъ предметъ высшей философіи и не можетъ быть предметомъ теоріи права.

§ 10. Мало по малу подготовилась реакція, направленная противъ пухтовскаго ученія. Въ развитіи теоріи образованія права послѣ Савиньи и Пухты различаются двѣ струи. Съ одной стороны ясно сказывается непосредственное вліяніе установленныхъ ими взглядовъ въ той формѣ, какъ эти взгляды были первоначально высказаны. Положенія, высказанныя Савиньи и Пухтою, повторяются почти машинально, безъ всякаго поползновенія къ критикѣ. Такъ обращаются съ понятіемъ «духа» народа, какъ первоначальнаго источника всего права, съ понятіями народно-правоваго «убѣжденія» и правоваго «организма», или съ положеніемъ о трехъ типичныхъ формахъ образованія права (законъ, обычай, право юристовъ). Просмотръ любаго учебника гражданскаго права легко показываетъ, какъ мало измѣнилась за цѣлое полустолѣтіе стереотипная форма основныхъ положеній исторической школы. — Рядомъ съ этимъ наблюдается другое теченіе мысли. Наблюденіе надъ дѣйствительною гражданскою жизнью развивается и его результаты вносятся въ теорію права. Такіе результаты сказались уже во взглядахъ Безелера (§ 4), несмотря на всю ихъ фантастичность; и послѣ того, воспринятые другими писателями, измѣнили въ значительной степени общій колоритъ историческаго ученія о правѣ, сравнительно съ тѣмъ какъ онъ былъ изображенъ Пухтою. Исторія философіи Гегеля дала почетное мѣсто личной, индивидуальной «волѣ», и потому вліяла въ томъ же, новомъ направленіи. Новое воззрѣніе на происхожденіе права сказалось въ многочислен- Новое ученіе.

ныхъ, но долгое время разрозненныхъ замѣчаніяхъ, разсѣянныхъ по литературѣ предмета, изъ которыхъ нѣкоторыя проникли однако и въ учебную литературу. Общій смыслъ этихъ замѣчаній клонился къ отрицанію объективности и непосредственности въ процессѣ образованія права. Были подмѣчены иныя стороны этого процесса и было замѣчено, что онъ происходитъ при болѣе или менѣе дѣятельномъ участіи въ немъ всего общества или отдѣльныхъ его членовъ. Такъ, поднимается вопросъ о происхожденіи самаго народно-правоваго убѣжденія, причемъ заговариваютъ, въ тѣхъ или другихъ предѣлахъ, о роли мышленія въ процессѣ образованія права. Основныя понятія права, каковы, напр., понятія справедливости, собственности, договора, еще считаются изначала данными, но дальнѣйшее образованіе юридическихъ воззрѣній приписывается непосредственной дѣятельности индивидуумовъ, дѣйствующихъ, конечно, не произвольно, но въ гармоніи со всѣмъ направленіемъ жизни общества. Позднѣе уже смѣло утверждаютъ полную и неограниченную измѣняемость права и признаютъ въ народно-правовомъ «убѣжденіи» результатъ взаимодѣйствія убѣжденій отдѣльныхъ членовъ народа. Въ связи съ сказаннымъ слышится протестъ противъ олицетворенія народнаго духа и вообще противъ объективизма. Народному духу наносится ударъ еще съ другой стороны. Замѣчаютъ, что народъ не представляетъ собою единственнаго возможнаго субъекта образованія обычнаго права,— этого «непосредственнаго проявленія народнаго духа», и полагаютъ, что обычное право можетъ создаваться внутри каждаго «общества», связаннаго единствомъ какихъ либо цѣлей. Такимъ образомъ объективное, самобытное правосозерцаніе лишается реальной основы, которую прежде оно имѣло въ народѣ, какъ «естественномъ» союзѣ. Относительно обычнаго права замѣчаютъ далѣе, что оно не сразу сознается цѣлымъ обществомъ. Принадлежащія сюда нормы высказываются первоначально отдѣльными, наиболѣе авторитетными личностями и затѣмъ принимаются постепенно другими; только по окончаніи этого процесса, когда подчиненіе нормѣ становится всеобщимъ и она не возбуждаетъ сомнѣній относительно своей справедливости, ей подчиняются по обычаю, она дѣлается обычною и объективи-

руется. Обычная норма не дается непосредственно; ее надо найти и убѣдить другихъ въ ея необходимости. Въ свою очередь, сила обычая, разъ установившагося, столь велика, что онъ, какъ таковой, безъ дальнѣйшаго оправданія его чѣмъ либо, создаетъ право. Признаютъ, что въ извѣстныхъ случаяхъ обычное право можетъ образовываться путемъ произвольно установленнаго обычая.—Было бы утомительно собирать здѣсь съ бо̀льшими подробностями всѣ замѣчанія этого рода [21]). Ихъ общій недостатокъ состоялъ въ томъ, что, выраженныя разрозненно и безъ рѣшительной тенденціи повліять на характеръ господствовавшей теоріи, они не были въ состояніи произвести должнаго впечатлѣнія. Общій колоритъ теоріи, установленный Пухтой, хотя и нарушался ими, но принятыя въ ея составъ, они втѣснялись въ рамки, созданныя ранѣе ихъ и не для нихъ. Однако во всякомъ случаѣ они показываютъ, что открытый и рѣшительный протестъ противъ пухтовской теоріи не стоялъ внѣ всякой связи съ предшествовавшею разработкою того же предмета. Воззрѣніе Іеринга объединяло всѣ поправки, сдѣланныя до него къ ученію Пухты. «Положеніе, которое я противопоставляю этому ученію», говоритъ Іерингъ, «заключается въ слѣдующемъ: исторія права началась желѣзнымъ періодомъ, тяжелою борьбою и работою человѣческаго разума; намѣреніе, рефлексія, сознаніе, разсчетъ дѣйствовали уже при возникновеніи права, юридическое искусство существовало уже у колыбели его. Какъ теперь понятія не достаются намъ сами собою, но должны прі-

---

[21]) Подробныя указанія на многія мнѣнія, принадлежащія сюда, см. у *Карасевича*, Гражданское обычное право Франціи, 1875, стр. 25 сл. Какъ на образцы наиболѣе характеристичныхъ сужденій изъ того періода, когда Іерингово ученіе или не было еще высказано, или же, высказанное, пользовалось наименьшимъ сочувствіемъ, слѣдуетъ указать, напримѣръ, на *Schmid*, Theorie und Methodik, 1848, стр. 167—241; въ особенности 173 сл., 178 сл. 216 сл., 223 сл.; *Harum*, Von der Entstehung des Rechts, 1863; *Stein*, Gegenwart und Zukunft, стр. 88 слѣд.; *Meyer*, Die Rechtsbildung, 1861, стр. 17 сл.; *Lenz*, Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts, стр. 64 и сл.; *Walter*, Naturrecht und Politik, § 64; *Vangerow*, Lehrbuch, § 14, стр. 41 (7 изд.); *Stobbe*, Geschichte der Rechtsquellen, I, стр. 638, прим. 83.

обрѣтаться нами трудомъ и напряженіемъ нашихъ силъ, такъ, а не иначе, было также въ ту историческую эпоху, когда образовывались основныя понятія права; и мнѣніе, полагающее, что народы не нуждались во время своего дѣтства въ отысканіи и выработкѣ понятій собственности, обязательства и друг., но нашли эти понятія готовыми, не лучше другаго мнѣнія, по которому люди получили изъ рукъ природы въ готовомъ видѣ свои дома, плуги и т. п. Но, какъ ради полученія этихъ послѣднихъ, надо было думать, работать, допытываться въ продолженіе столѣтій, точно такъ же и притомъ въ несравненно большей степени приходилось поступать относительно юридическихъ понятій. Всюду долженъ былъ пройти періодъ пробъ и исканій, колебаній и неопредѣленности, прежде нежели эти понятія приняли опредѣленныя, твердыя формы, въ которыхъ они выступаютъ предъ нами въ доступный для насъ періодъ исторіи» [22]). Такое воззрѣніе, выработанное путемъ самостоятельнаго изученія *исторіи права*, гармонируетъ вполнѣ со взглядами, къ которымъ приводитъ болѣе широкое изученіе всей исторіи человѣчества. Изслѣдованія о происхожденіи и дальнѣйшемъ развитіи культуры свидѣтельствуютъ, что порядокъ общественной жизни, и въ частности правовой порядокъ, даже въ своихъ первыхъ зернахъ, дался людямъ не самъ собою, но пріобрѣтенъ ими посредствомъ долгой и упорной работы.

Разъясненіе недоразумѣній.

§ 11. Въ гражданскомъ правовѣдѣніи и вообще въ юриспруденціи это новое воззрѣніе не пользуется всеобщею симпатіею и отсутствіе ея чувствуется подчасъ тѣмъ жестче, что выражается не столько въ открытой полемикѣ, сколько, за немногими исключеніями, едва не въ систематическомъ игнорированіи его. Преобладаніе въ догмѣ формальныхъ, и въ исторіи права—антикварныхъ интересовъ въ ущербъ болѣе живому изученію предмета объясняетъ отчасти такое равнодушіе. Главнѣйшія же причины того надо искать въ нѣкоторыхъ, болѣе близкихъ къ дѣлу недоразумѣніяхъ. Сюда принадлежатъ: вопервыхъ, неправильный взглядъ на то, въ чемъ именно состо-

22) *Ihering*, Geist, III, стр. 2 и слѣд. (2 изд.); ср. *его же*, Kampf um's Recht.

итъ вѣрный и основной элементъ ученія исторической школы, и, вовторыхъ, неправильное пониманіе новаго воззрѣнія, обусловленное отчасти непониманіемъ того значенія, которое, согласно съ вышесказаннымъ (§ 9), принадлежитъ вопросу объ объективномъ происхожденіи правового порядка. Въ устраненіе всѣхъ этихъ недоразумѣній слѣдуетъ сказать:

1. Новое воззрѣніе не идетъ въ разрѣзъ съ историческою школою по вопросу о *закономѣрномъ* движеніи исторіи права. Принимая, что право выработывается дѣятельностью человѣка и общества, оно подразумѣваетъ, что каждый актъ этой дѣятельности не составляетъ чего либо произвольнаго и изолированнаго, но обусловленъ результатами предшествовавшихъ ему актовъ и всѣми сопровождающими его обстоятельствами; и между ними главное мѣсто принадлежитъ совокупности условій, вытекающихъ изъ природы человѣка и общества. Не ограничиваясь однимъ общимъ предположеніемъ о закономѣрности всего историческаго процесса творчества права, новое воззрѣніе вызываетъ на изслѣдованіе закономѣрности каждаго отдѣльнаго акта этого процесса.—Такимъ образомъ новое воззрѣніе сохраняетъ вполнѣ вѣрную сторону ученія исторической школы. Но вмѣстѣ съ тѣмъ оно отводитъ должное мѣсто явленію, одностороннее преувеличеніе котораго составляло грѣхъ «естественнаго» ученія о правѣ, а излишнее умаленіе — промахъ «историческаго» воззрѣнія. Право составляетъ продуктъ человѣческой дѣятельности, хотя и не такой, какая предполагалась въ этомъ случаѣ юристами естественной школы. Современное воззрѣніе соединяетъ вмѣстѣ вѣрный элементъ обоихъ ученій, — естественнаго и историческаго, и отбрасываетъ ихъ ложные элементы.

2. Новое воззрѣніе вноситъ въ теорію права идею *постепенности* развитія. Этой идеи чуждалось ученіе, которое господствовало до исторической школы, и допускало возможность полнаго произвола «мудраго» законодателя. Къ означенной идеѣ не было особенно близко и «историческое» воззрѣніе, такъ какъ вслѣдствіе объективизма право представлялось въ немъ какъ бы изначала готовымъ и, слѣдовательно, не требовало постепенной выработки. Согласно съ новымъ воззрѣніемъ ничто

въ правѣ не дается готовымъ сначала, но ничто также не вносится въ него человѣкомъ вдругъ. Право есть продуктъ постепеннаго историческаго развитія направленной къ тому дѣятельности человѣчества.



3. Новое воззрѣніе не предрѣшаетъ вопроса объ абсолютномъ характерѣ процесса образованія права. Оно констатируетъ только фактъ, забытый историческою школою, и заключающійся въ томъ, что, каковъ бы ни былъ этотъ характеръ, историческое отношеніе человѣка къ праву таково, что оно дается ему только путемъ психическаго труда. Въ этомъ смыслѣ человѣкъ самъ творитъ свое право и ничего не получаетъ готовымъ. Онъ управляется своимъ правовымъ «убѣжденіемъ», насколько выработалъ его; онъ знаетъ право настолько, насколько съумѣлъ и успѣлъ познать его. Усматривая въ этомъ фактѣ существенный предметъ историческаго изслѣдованія о правѣ, новое воззрѣніе предоставляетъ высшей философіи дать ему оцѣнку, соотвѣтствующую ея цѣлямъ. Оно не предрѣшаетъ даже болѣе близкаго къ нему вопроса о свободѣ воли. Дѣло психологіи привести процессъ образованія права *такъ*, какъ онъ дается исторіей, въ согласіе съ природой человѣка. Новое юридическое воззрѣніе, указывая на основной фактъ образованія права, не въ силахъ предрѣшить связанныхъ съ нимъ философскихъ и психологическихъ вопросовъ уже потому, что разработка этого факта не сдѣлана еще съ достаточною для того полнотою. Оно просто предлагаетъ принять то, что явствуетъ изъ исторіи, а эта послѣдняя удостовѣряетъ, что всюду, гдѣ мы находимъ человѣка, нуждающагося въ правѣ, оно не дается ему даромъ.— Въ областяхъ права, относительно юныхъ, борьба людей изъ за выработки права выступаетъ и въ наше время съ значительною наглядностью: «въ народныхъ массахъ международное право никогда не возникало путемъ первообразнымъ, непосредственнымъ. Напротивъ идея международнаго права должна была искусственно насаждаться въ народѣ. Народы, въ ихъ цѣломъ, не могли дойти до какого-либо представленія о международномъ правѣ, ибо основное условіе международной юрисдикціи повсюду—периферія пограничнаго населенія, необходимость же юрисдикціи понимается лишь выдающимися умами; чѣмъ многочислен-

нѣе народъ, тѣмъ труднѣе освоивается его масса съ представленіями международнаго права. Голландія XVI вѣка была въ этомъ отношеніи равна Франціи и Германіи XIX вѣка» (Гольцендорфъ) [23]).

4. Новое воззрѣніе различаетъ въ процессѣ образованія права участіе двухъ основныхъ факторовъ: жизни общества (народа), которая въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ родитъ потребность въ правѣ, и мыслительной дѣятельности какъ всего общества, такъ въ особенности юристовъ,—дѣятельности, которая отыскиваетъ и творитъ право. Юридическая норма не вызывается непосредственно потребностями правовой жизни, но создается при участіи мышленія. Вслѣдствіе этого юридическая норма отражаетъ на себѣ свойства создавшаго ее мышленія. Чтобы понять юридическую норму — мало понять жизнь, ради которой она возникла; слѣдуетъ понять еще ту умственную среду, которая ее формулировала. Исторія юриспруденціи преобразуется въ исторію *юридическаго мышленія* народа.

5. Ученіе о «борьбѣ за право» составляетъ существенную принадлежность новаго воззрѣнія. Процессъ образованія права есть процессъ борьбы: люди борятся изъ за отношеній, которыя нуждаются въ правовой защитѣ или же имѣютъ таковую; они борятся также изъ за нормъ, которыя защищаютъ отношенія или же только предназначаются для того. Возраженія, которыя встрѣтило ученіе о «борьбѣ за право»,—возраженія, предъявленныя противъ него съ такою охотою и настойчивостью, столь же мало основательны, какъ и возраженія, сдѣланныя по поводу остальныхъ положеній новаго ученія. Ложная ассоціація идей служитъ въ обоихъ случаяхъ источникомъ заблужденія: опасаются возстановленія старой доктрины случая и произвола, и въ «борьбѣ за право» усматриваютъ непріятный призракъ обоготворенія матеріальной силы въ ущербъ высшимъ требованіямъ права и справедливости. Но борьба, служа *формою*, въ которой проявляется послѣдовательное развитіе человѣка и общества, способна быть закономѣрною и принадлежитъ одинаково какъ области матеріальныхъ силъ и интересовъ, такъ

---

23) Münch. Vierteljahrschrift, 1875, № 3, p. 350 сл.

и области интересовъ и силъ духовныхъ. Кто полагаетъ, что бороться можно только посредствомъ кулака или оружія, и забываетъ о борьбѣ посредствомъ слова и примѣра, кто думаетъ, что путемъ борьбы могутъ одерживать верхъ только грубые силы и интересы и не допускаетъ возможности побѣды со стороны духовныхъ силъ и интересовъ, тотъ высказываетъ лишь жалкое, и совершенно невѣрное, воззрѣніе па природу человѣка и закрываетъ свои глаза предъ краснорѣчивыми фактами исторіи.

6. Новое воззрѣніе даетъ удовлетворительное объясненіе фактамъ *заимствованія* права однимъ народомъ у другаго. Съ точки зрѣнія стараго воззрѣнія, заимствованіе права плохо ладилось съ тѣмъ положеніемъ, что источникъ всего права кроется въ народномъ «духѣ»; оно не согласовалось также съ доктриною объ «органическомъ» саморазвитіи права, такъ какъ для своего осуществленія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ заимствованіе требуетъ со стороны общества нѣкотораго умственнаго труда, проявляется въ нѣкоторой борьбѣ различныхъ элементовъ общества, изъ которыхъ одни являются сторонниками, другіе противниками заимствованія. Изъ писателей старой школы, одни не стѣсняясь объясняли всякое заимствованіе права какъ уклоненіе въ сторону ненормальнаго развитія; другіе же мирились съ нимъ, но лишь подъ тѣмъ предположеніемъ, что чуждое право при заимствованіи входитъ въ народный «духъ», въ народное «убѣжденіе», какъ свое. Однако крайность перваго изъ этихъ взглядовъ не нуждается, кажется, въ разоблаченіи; противъ втораго же изъ нихъ справедливо было замѣчено, что когда чуждое право впервые стучится въ нашу дверь, то оно не перестаетъ чрезъ это быть не нашимъ. Вначалѣ чуждая норма можетъ проникнуть въ наше право лишь подъ покровительствомъ нѣкоторой части общества, и пройдетъ еще долгое время, прежде чѣмъ она сдѣлается достояніемъ всего народнаго «духа».—Во всякомъ случаѣ заимствованіе права составляетъ фактъ, настолько распространенный, что теорія должна найти для него разумное объясненіе. Слѣдуетъ различать два вида заимствованій. Въ однихъ случаяхъ правовыя нормы и учрежденія заимствуются нами потому, что въ нашей гражданской

жизни возникли потребности, подобныя тѣмъ, которымъ служатъ эти нормы и учрежденія вчужѣ. Заимствованіе объясняется здѣсь какъ простая экономія труда: вмѣсто того, чтобы самому додумываться до новыхъ законовъ, люди принимаютъ готовые изъ чужихъ рукъ. Въ другихъ случаяхъ заимствованіе распространяется на самыя потребности. Въ жизни человѣческихъ обществъ наступаетъ состояніе,—и чѣмъ далѣе идетъ цивилизація, тѣмъ такое состояніе становится продолжительнѣе и постояннѣе,—когда одно общество подпадаетъ подъ вліяніе идеаловъ и вообще всего міросозерцанія другихъ обществъ. Въ такія времена въ обществѣ образуется стремленіе приблизиться во всемъ своемъ строѣ къ образцамъ, которые представляетъ высшая цивилизація, и вслѣдствіе того въ него проникаютъ, въ числѣ другихъ, привитыя понятія, вторженіе которыхъ и производитъ, безъ особаго содѣйствія какихъ-либо другихъ причинъ, реформу дѣйствующаго права. Грандіозные примѣры такого процесса мы не разъ встрѣчали въ исторіи и, чтобы не говорить о настоящемъ, достаточно вспомнить хоть рецепцію римскаго права на Западѣ. Оставимъ въ сторонѣ вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ возможно подобное подчиненіе одного народа культурѣ другаго; но каковы бы ни были эти предѣлы, подобное подчиненіе достигается не иначе, какъ чрезъ продолжительное усвоеніе чуждыхъ взглядовъ, чрезъ приспособленіе своихъ силъ для воспроизведенія въ своей жизни чуждыхъ образцовъ,—однимъ словомъ чрезъ болѣе или менѣе продолжительный процессъ психическаго труда.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Естественное право.

Ученіе объ естественномъ правѣ.

§ 12. Съ водвореніемъ въ наукѣ идеи психическаго труда, въ томъ видѣ какъ она разъяснена выше, предстоитъ окончательное паденіе ученію объ естественномъ правѣ, которое въ современной теоріи составляетъ наслѣдіе Грековъ и Римлянъ. Строго говоря, это ученіе есть не болѣе, какъ особый видъ объективизма, который выражается въ немъ болѣе грубо, болѣе конкретно, нежели въ разсмотрѣнныхъ выше философскихъ ученіяхъ.—Существуетъ, распространенное какъ въ общежитіи, такъ и въ наукѣ, мнѣніе, по которому познаніе многихъ юридическихъ нормъ дается людямъ само собой, не требуя съ ихъ стороны такого напряженія духовной дѣятельности, какое бываетъ необдимо въ случаяхъ другаго рода. Совокупность подобныхъ нормъ, подъ именемъ естественнаго права, противополагается обыкновенно праву историческому, выработанному непосредственно человѣкомъ. Такимъ образомъ вся область права раздѣляется на два, весьма несходные между собою отдѣла. Это раздѣленіе имѣетъ двоякій корень. Вопервыхъ, здѣсь отражается неправильно понятый философскій объективизмъ; его вліяніе побуждаетъ юристовъ искать въ правѣ непосредственное выраженіе объективнаго правоваго порядка, о которомъ они такъ много слышатъ отъ философовъ, и находить его въ «естественномъ» правѣ. Вовторыхъ, здѣсь сказывается слишкомъ поспѣшное обобщеніе наблюденій надъ правомъ за сравнительно короткій

промежутокъ времени. Люди по разнымъ личнымъ причинамъ относятся различно къ исторической необходимости или «разумности» существующихъ юридическихъ нормъ и только на основаніи этого, не входя въ дальнѣйшій историческій анализъ раздѣляютъ дѣйствующее право на группы. Необходимость однихъ нормъ сознается людьми почему либо какъ нѣчто неизбѣжное или оправдывается при помощи разсужденій, не требующихъ особаго усилія, и вотъ—нормы этого рода считаются чѣмъ-то «естественнымъ», т. е. образованнымъ самою природою. Естественность получаетъ особое значеніе, когда въ поддержку ей наблюденіе засвидѣтельствуетъ особую долговѣчность и распространенность или даже всеобщность данной нормы. Напротивъ необходимость и разумность другихъ нормъ или постигается только путемъ сложнаго умозаключенія, или же совсѣмъ не постигается, и потому отвергается чувствомъ; притомъ такія нормы оказываются нерѣдко временными или мѣстными, и вотъ—эти нормы противополагаются «естественному» праву. Естественность принимается въ качествѣ не временнаго, но постояннаго, неизмѣннаго свойства юридическихъ нормъ; наблюдаемая въ настоящемъ она признается достовѣрною относительно всѣхъ временъ. Предполагается, что естественное право существуетъ самобытно и вслѣдствіе того неизмѣнно и постоянно; что оно прирождено человѣку, а потому всеобще. Люди могутъ уклониться отъ исполненія его отдѣльныхъ предписаній, но не могутъ совершенно отрѣшиться отъ его воздѣйствія. Въ предполагаемой вѣчности, постоянствѣ и всеобщности нормъ усматриваютъ ихъ отличительный признакъ и существенное выраженіе «естественности»; въ измѣняемости другихъ нормъ—ихъ отличительный признакъ и существенное свойство.

Такое воззрѣніе не выдерживаетъ критики ни съ точки зрѣнія философскаго объективизма, ни съ точки зрѣнія исторіи.

Историко-философская критика.

Съ точки зрѣнія философскаго объективизма изложенное раздѣленіе права на двѣ части непослѣдовательно. Съ этой точки зрѣнія *все* право одинаково составляетъ объективный порядокъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ порядокъ во *всѣхъ* своихъ частяхъ одинаково стремится къ постепенному выраженію своему въ исторіи. Въ ученіи же объ естественномъ правѣ абсолютно-объ-

ективный правовой порядокъ, въ формѣ «естественнаго» права, отрѣшается отъ всякаго историческаго движенія и рисуется совокупностью неподвижныхъ юридическихъ нормъ; напротивъ движущійся, историческій правовой порядокъ представляется нѣсколько произвольнымъ, какъ бы не подчиненнымъ полной закономѣрности.—Съ точки зрѣнія исторіи ученіе объ естественномъ правѣ не покоится на достаточно доказанныхъ данныхъ. Вѣчность и неизмѣняемость нормы могли бы доказывать ея естественность, если бы только, дѣйствительно, существовали. Но нельзя доказать вѣчности и неизмѣнности ни одной изъ извѣстныхъ намъ юридическихъ нормъ. Все, что въ этомъ случаѣ допускаетъ доказательство, состоитъ въ лучшемъ случаѣ только въ томъ, что извѣстный общій *принципъ*, объединяющій многія нормы, остается постояннымъ во весь періодъ, доступный нашему наблюденію. Но, принципъ самъ по себѣ, пока онъ не сознанъ юридическою мыслью не есть реальная величина. Нами онъ познается путемъ отвлеченія, сдѣланнаго отъ ряда отдѣльныхъ нормъ и включаетъ въ себя ихъ общіе признаки. Насколько человѣкъ въ существенныхъ чертахъ своей природы и насколько условія, сопровождающія его дѣятельность, остаются неизмѣнными во все продолженіе исторіи, настолько не измѣняются соотвѣтствующія имъ общія черты юридическихъ нормъ. Тѣмъ не менѣе чистый принципъ, который тѣмъ одностороннѣе и формальнѣе, чѣмъ бо́льшее число нормъ обобщены въ немъ, самъ не составляетъ дѣйствительной, живой нормы. Такая норма образуется только посредствомъ соединенія общихъ свойствъ, указанныхъ принципомъ, съ болѣе частными, быстрѣе измѣняющимися свойствами. Только какъ соединеніе всѣхъ этихъ свойствъ, норма есть историческая величина, и, какъ таковая, она подлежитъ постоянному измѣненію. — Далѣе, не зная въ точности первоначальной исторіи права, мы не имѣемъ никакого основанія предполагать, что не было времени, когда не существовало даже наиболѣе общихъ, извѣстныхъ намъ свойствъ правовыхъ институтовъ, и, слѣдовательно, человѣчеству были не извѣстны принципы, почитаемые въ наше время за вѣчные. Во всякомъ случаѣ нашъ историческій опытъ говоритъ противъ подобнаго предположенія. По мѣрѣ того какъ раздвигались гра-

ницы нашего историческаго знанія, увеличилось число нормъ и принциповъ съ доказаннымъ историческимъ происхожденіемъ ихъ, и ничто не свидѣтельствуетъ, чтобы остальные принципы, моментъ историческаго происхожденія которыхъ еще не открылся предъ нами, на самомъ дѣлѣ не имѣли нужды переживать его.—Вотъ что приходится сказать относительно предполагаемой вѣчности и неизмѣнности «естественныхъ» нормъ. Что касается до другаго, будто бы существеннаго ихъ качества, до ихъ всеобщности, т. е. до того, что онѣ существуютъ будто бы у всѣхъ народовъ, то это качество ничего не доказываетъ въ данномъ случаѣ, будь оно удостовѣрено какъ слѣдуетъ. Всеобщность, конечно, есть слѣдствіе вѣчности и неизмѣняемости; но наоборотъ вѣчность и неизмѣняемость не предполагаются непремѣнно всеобщностью. Всеобщность той или другой нормы, буде дѣйствительно существуетъ, объясняется и другими причинами. Одинъ и тотъ же правовой институтъ можетъ существовать у многихъ и даже у всѣхъ народовъ, если въ исторіи этихъ народовъ дѣйствовали одинаковыя историческія условія. Однако нѣтъ основанія думать, чтобы всеобщія условія образовывали право съ бо̀льшею легкостью (непосредственностью), нежели условія мѣстныя или національныя.

Психологическая критика.

§ 13. То обстоятельство, что «естественныя» нормы чувствуются людьми какъ нѣчто естественное, преимущественно предъ другими, тоже ничего не доказываетъ. Оно могло бы составлять результатъ вѣчности и неизмѣнности нормъ, если бы эти свойства ихъ, дѣйствительно, существовали; но само оно не предполагаетъ ихъ непремѣнно. Чувства наши далеко не всегда выражаютъ правильно природу того, что̀ породило ихъ въ насъ; они показываютъ, чѣмъ кажется намъ предметъ, къ которому они относятся, но не даютъ непосредственнаго знанія о томъ, что̀ есть онъ на самомъ дѣлѣ. Субъективныя условія, при которыхъ образуются наши чувства, могутъ приводить насъ къ неправильному воспроизведенію объективнаго міра. Особенно бываетъ трудно отрѣшиться отъ субъективныхъ вліяній тогда, когда рѣчь идетъ объ оцѣнкѣ того, что̀ составляетъ произведеніе человѣческой дѣятельности, каково право, и крайности въ сужденіяхъ здѣсь — обычное явленіе. Потому, прежде чѣмъ

довѣряться свидѣтельству нашихъ чувствъ, особенно въ виду несостоятельности другихъ доводовъ, которые приводятся въ пользу естественнаго права (§ 12), надо изслѣдовать самое наше чувство по отношенію къ «естественному» праву. Тогда открывается, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ юридическія нормы, относимыя въ разрядъ естественныхъ, обладаютъ такимъ свойствомъ, которыя, не свидѣтельствуя вовсе въ пользу ихъ «естественности», могли однако, при извѣстныхъ субъективныхъ условіяхъ, породить увѣренность въ ней. Такъ, изслѣдуя многочисленныя нормы, которыя римскія юристы почитали за естественныя, мы раскрываемъ, что эти нормы, по тѣмъ или другимъ мотивамъ, могли *казаться* имъ наиболѣе раціональными, нежели другія, но что на самомъ дѣлѣ всѣ онѣ состояли въ такомъ же точно соотношеніи къ дѣятельности человѣка, какъ и тѣ опредѣленія, *историческое* происхожденіе которыхъ не подвергалось сомнѣнію.—Все право одинаково естественно въ томъ смыслѣ, что каждая норма его образуется, въ качествѣ историческаго явленія, закономѣрнымъ взаимодѣйствіемъ многочисленныхъ условій: свойствъ отдѣльной личности, свойствъ общества, внѣшней обстановки, въ которой течетъ жизнь личности и общества; но нѣтъ юридической нормы, естественной въ томъ смыслѣ, что она дарована людямъ самою природою, помимо усилій ихъ мысли и дѣла.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Ученіе римскихъ юристовъ объ естественномъ правѣ (ius naturale) [24]).

§ 14. Въ исторіи римскаго права существовало обширное поле для проявленія объективизма. И въ Римѣ, какъ вездѣ, все право составляло произведеніе непрерывнаго человѣческаго труда; но какъ скоро оканчивалось созданіе отдѣльныхъ учрежденій и нормъ, объективизмъ вступалъ въ свои права. Важная роль принадлежала ему въ воззрѣніи древнѣйшей юриспруденціи: право Квиритовъ мыслилось ею, какъ нѣчто, существующее само по себѣ, какъ бы данное извнѣ. За этимъ періодомъ наступилъ въ концѣ республиканскаго періода вѣкъ критики; выработалось понятіе о правѣ справедливомъ (ius aequum) въ противоположность праву дѣйствующему. Постепенно справедливое право переходило въ дѣйствующее и тогда къ самому дѣйствующему праву стали относиться двояко: одно находили въ немъ справедливымъ, другое—несправедливымъ. Теперь уже старое (квиритское) право казалось по большей части несправедливыхъ, а новое (ius gentium)—справед- Ius naturale.

24) *Voigt*, I (1856) и IV (1875).—*Hildenbrand*, Geschichte und System der Rechts und Staatsphilosophie, I, (1860).—*Боголѣповъ*, Значеніе общенароднаго гражданскаго права (ius gentium) въ римской классической юриспруденціи, (1876).—*Leist*, Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts (1877).

ливымъ. Но этотъ переворотъ въ идеяхъ не закрылъ пути для объективизма. Съ ходячими философскими ученіями, заимствованными у Грековъ, пришла въ Римъ идея естественнаго права (ius naturale); мысль стала искать въ окружающей жизни подтвержденіе этой идеи и противоположеніе новаго и стараго, справедливаго и несправедливаго послужило первою опорою для того, чтобы найти въ жизни реальное осуществленіе отвлеченному противоположенію естественнаго и не естественнаго. Другія противоположенія послужили той же цѣли и такимъ образомъ въ концѣ концовъ сформировался слѣдующій дуализмъ въ юридическомъ міровоззрѣніи имперіи. Необходимость, разумность однихъ нормъ и учрежденій сознавалась юристомъ какъ нѣчто неизбѣжное, какъ данное извнѣ (какъ справедливое само по себѣ), или же оправдывалась безъ большаго усилія ума,—и нормы и учрежденія считались «естественными», т. е. образованными самою природою. Ихъ познаніе, какъ полагали, давалось людямъ само собою, не требуя съ ихъ стороны такого активнаго участія духовной дѣятельности, какое бываетъ необходимо въ случаяхъ другаго рода. Убѣжденіе въ естественности возрастало, когда удостовѣрялись въ особой долговѣчности и распространенности нормы или учрежденія. Напротивъ необходимость и разумность другихъ нормъ и учрежденій постигалась или только путемъ сложнаго умозаключенія, либо совсѣмъ не могла быть постигнута; нерѣдко они оказывались притомъ временными или мѣстными. Нормы и учрежденія этого разряда противополагались естественному праву; это было право историческое, выработанное непосредственно человѣкомъ. «Естественность», какъ свойство права, понималась какъ нѣчто постоянное, неизмѣнное; естественное право предполагалось существующимъ самобытно и вслѣдствіе того неизмѣнно и постоянно; оно прирождено человѣку и потому всеобще. Въ вѣчности, постоянствѣ и всеобщности тѣхъ или другихъ опредѣленій усматривалось существенное выраженіе ихъ естественности; въ измѣняемости другихъ—ихъ существенное качество [25]). Впрочемъ,

[25]) См. *Voigt*, I, стр. 278—282, ср. 297—303; 488—490; *Hildenbrand*, стр. 605—608; *Боголѣповъ*, стр. 42—52.

взятое въ его цѣломъ, ученіе римскихъ юристовъ не отличалось особеннымъ идеально-философскимъ смысломъ и было гораздо ближе къ вѣрѣ простаго человѣка въ самобытность окружающаго его порядка вещей, нежели къ истинно-философскому объективизму.

Оставляя въ сторонѣ изслѣдованіе той связи, которая соединяла ученіе римскихъ юристовъ съ ученіемъ греческой философіи [26]), другому вопросу мы посвящаемъ нижеслѣдующее изложеніе. Спрашивается, по какимъ мотивамъ римскіе юристы могли думать, что тѣ или другія учрежденія и нормы принадлежатъ къ «естественнымъ» [27]); убѣдиться же въ томъ, что на

---

[26]) Изслѣдованіе этой связи см. у трехъ первыхъ авторовъ, названныхъ въ примѣч. 24. Эти авторы ограничились опредѣленіемъ того положенія, которое принадлежало ученію объ естественномъ правѣ въ системѣ римскаго правовоззрѣнія. Они возстановили взгляды отдѣльныхъ юристовъ на этотъ предметъ и соотношеніе этихъ взглядовъ, опредѣлили историческое отношеніе ius naturale къ ius gentium и къ господствовавшимъ въ Римѣ философскимъ понятіямъ о правѣ, пытались объяснить частью теоретическими, частью практическими побужденіями наклонность римскихъ юристовъ къ ученію о ius naturale и наконецъ изслѣдовали результаты, пріобрѣтенные отъ реализаціи этого ученія.

[27]) Этотъ вопросъ былъ затронутъ только Лейстомъ; см. его Civilistische Studien, I (1854), II (1855), III (1859) и допол. (1860), IV (1877), каждая часть подъ особымъ заглавіемъ, именно: 1) Ueber die dogm. Analyse röm. Rehtsinstitute; 2) Das erlaubte ungerufene Eingreifen im fremde Vermögensangelegenheiten; 3) Ueber die Natur des Eigenthums, и дополн. къ этому сочиненію: Naturalis ratio und Natur der Sache, и 4) сочиненіе, цитованное выше въ примѣч. 24 Попытку Лейста надо признать неудачною. Лейстъ чувствовалъ, что за словесными догматическими формулами должна стоять жизнь, которая руководитъ ими. Отыскивая этотъ жизненный элементъ гражданскаго права, Лейстъ не съумѣлъ отдѣлить ясною чертою субъективные и объективные элементы своего правовоззрѣнія и призналъ жизненный элементъ гражданскаго права непосредственно воплощеннымъ въ тѣхъ правоопредѣленіяхъ, зависимость которыхъ отъ условій потребностей гражданской жизни выдавалась почему-либо съ наибольшею рѣзкостью. Этимъ «естественнымъ» опредѣленіямъ (Naturzätze) онъ противоположилъ чисто юридическія опредѣленія, отличавшіяся произвольнымъ характеромъ. Такимъ образомъ Лейстъ впалъ въ заблужденіе, однородное съ заблужденіемъ римскихъ юристовъ (ср. ниже). Въ ученіи этихъ послѣднихъ о

самомъ дѣлѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ эти учрежденія и нормы произошли обычнымъ историческимъ путемъ, не представится особымъ затрудненій.

Предѣлы вопроса.

§ 15. Прежде всего надо опредѣлить границы того фактическаго матеріала который подлежитъ нашему разсмотрѣнію. Далеко не всѣ случаи, въ которыхъ юристы по какому либо поводу ссылаются на «природу вещей» (natura rerum) или «естественный разумъ» (ratio naturalis), имѣютъ отношеніе къ вопросу объ естественномъ *правѣ*. Слѣдуетъ сдѣлать два замѣчанія:

1. Вопросъ объ естественномъ правѣ есть вопросъ объ *образованіи* юридическихъ нормъ и учрежденій. Потому сюда не относится такое словоупотребленіе, гдѣ «природа», обозначая свойство какого нибудь предмета, который обращаетъ на себя вниманіе юриста, разсматривается имъ внѣ всякаго отношенія къ источнику той нормы, которую онъ излагаетъ. Такъ, напримѣръ, Гай [28]) разъясняетъ опредѣленіе Аквиліева закона о взысканіяхъ за недозволенное убійство чужаго раба или животнаго въ томъ смыслѣ (л., стр. 215), что подъ послѣднимъ слѣдуетъ разумѣть домашнихъ четвероногихъ, живущихъ стадами; онъ исключаетъ изъ числа животныхъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, дикихъ звѣрей, но включаетъ туда слоновъ и верблюдовъ и замѣчаетъ, что они относятся какъ бы къ среднему разряду, потому что они и служатъ вьючнымъ скотомъ и имѣютъ дикую «природу». Или, подтверждая мнѣніе о недѣйствительности купли-продажи ядовъ, тотъ же юристъ дѣлаетъ исключеніе относительно тѣхъ ядовъ, которые способны терять свою вредоносную «природу» и даже становиться полезными въ качествѣ, напримѣръ, лекарства, когда ихъ мѣшаютъ съ другими веществами [29]). Въ обоихъ примѣрахъ «природою» обозначается извѣстное фактическое обстоятельство безъ всякаго отношенія его къ происхожденію самой нормы [30]). —На томъ же основаніи къ мате-

---

ius naturale онъ усмотрѣлъ отраженіе своего воззрѣнія, которое и подкрѣпилъ ссылкою на ихъ авторитетъ.

28) *Dig.* 9. 2. fr. 2 § 2.

29) *Dig.* 18. 1. fr. 35 § 2.

30) Ср. еще *Dig.* 32 fr. 78 § 4, гдѣ говорится въ подобномъ же смы-

ріалу естественнаго права не принадлежатъ тѣ случаи, гдѣ юристы говорятъ о «природѣ» какого либо юридическаго отношенія. «Природа» относится здѣсь къ извѣстному понятію, обозначая его содержаніе, но не характеризуетъ его происхожденія. Такъ, о соглашеніяхъ, дополняющихъ куплю-продажу, говорится, что недѣйствительны тѣ изъ нихъ, которыя содержатъ въ себѣ что либо противное «природѣ» этого контракта [31]); упоминается объ условіяхъ, противныхъ «природѣ» легатовъ [32]) и о качествѣ, сообщенномъ закономъ «природѣ» приданаго [33]); или о стипуляціяхъ утверждается, что всѣ онѣ по «природѣ» своей суть cautionales [34]). Объ императорѣ Зенонѣ говорится, что онъ далъ эмфитевзису собственную природу, отдѣливъ его отъ купли и найма (л., стр. 658) [35]), а объ императорѣ Юстиніанѣ, что онъ сообщилъ одну природу всѣмъ легатамъ и фидеикомиссамъ (л., стр. 472) [36]). Подобно этому о «природѣ» сервитутовъ говорится, что она не допускаетъ владѣнія ими (л., стр. 569 сл.) [37]). Здѣсь сопоставляются логически два понятія: о сервитутѣ и о владѣніи и выводится соотвѣтствующее слѣдствіе: съ понятіемъ о сервитутѣ не согласуется примѣненіе къ нему владѣнія. Actio quod metus causa предполагаетъ, что принужденіе нанесло пострадавшему отъ него имущественный ущербъ; поэтому «природа» этого иска не допускаетъ его примѣненія относительно кредитора, который употребилъ насиліе надъ своимъ должникомъ ради уплаты по-

---

слѣ о природѣ серебра; *Dig.* 29, 3. fr. 10 § 1: si sui natura tabulae patefactae sunt, apertum videri testamentum non dubitatur; *Dig.* 32 fr. 65 § 3, гдѣ на основаніи свойствъ человѣческой природы разъясняется одно изъ фактическихъ условій приложенія данной нормы;—*Dig* 12. 1. fr. 38, гдѣ въ природѣ человѣка указывается таковое же условіе. Тѣмъ менѣе принадлежатъ къ ученію объ естественномъ п р а в ѣ мѣста, говорящія о rerum natura, какъ совокупности существующихъ лицъ и предметовъ; см. у *Leist'a*, стр. 5, прим. 1, лит. b и c.

31) *Dig.* 2. 14. fr. 7 § 5.

32) *Dig.* 33. 8 fr. 6 § 1.

33) *Dig.* 2. 14. fr. 27 § 2.

34) *Dig.* 46. 5. fr. 1. § 4.

35) *Inst.* 3. 24. § 3.

36) *Inst.* 3. 27. § 7; ср. *Inst.* 2. 20. §§ 2 и 3, и *Cod.* 6. 43. fr. 2.

37) *Dig.* 8. 2. fr. 32 § 1. *i. f.*

слѣднимъ его долга (л., стр. 574) [38]. «Природѣ» договора поклажи противно требовать проценты ранѣе просрочки [39]; подъ природой поклажи разумѣется при этомъ (какъ видно изъ дальнѣйшихъ словъ того же фрагмента) совокупность не только необходимыхъ, но и обыкновенныхъ ея принадлежностей. По «природѣ» своей обязанности, вытекающія изъ продажи, недѣлимы, и потому должны выполняться in solidum наслѣдниками продавца [40]). Послѣдующее соглашеніе не можетъ измѣнить «природу» обязательства, по которому былъ установленъ вначалѣ корреалитетъ [41]). Изъ «природы» залоговаго иска (a. pigneraticia) слѣдуетъ, что по уплатѣ долга заложенная вещь должна быть возвращена должнику [42]). Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ природою того или другаго института обозначается соотвѣтствующее понятіе; при томъ въ первыхъ пяти случаяхъ понятія излагаются или просто называются, въ остальныхъ же— они развиваются [43]).

Такая терминологія римскихъ юристовъ не содержала въ себѣ ничего исключительнаго. И въ современномъ юридическомъ языкѣ мы часто слышимъ употребленіе слова «природа» въ подобномъ же значеніи. Такъ, говорятъ о «природѣ» того или другаго права, обязанности, сдѣлки и т. д., разумѣя подъ этимъ соотвѣтствующія общія понятія [44]). Дурная сторона такого словоупотреб-

---

38) *Dig.* 4. 2. fr. 12 § 2.

39) *Dig.* 16. 3. fr. 24.

40) *Dig.* 45. 1. fr. 139.

41) *Dig.* 45. 2. fr. 9 § 1.

42) *Cod.* 4. 24. l. 11.

43) Ср. еще случаи обозначенія юридическихъ понятій: natura negotii въ *Dig.* 22. 5. fr. 21 § 3; natura dotis въ *Cod.* 5. 13 заглав. и fr. 1 § 2;—natura de dote stipulationis; ib.; natura ex stipulatu actionis. *Cod.* eod. fr 1 § 9;— natura bonae fidei iudicii, *Inst.* 4. 6. § 29. Случаи выводовъ изъ природы исковъ: *Dig.* 11. 7 fr. 14 § 13 изъ actionis funeriae natura; — *Cod.* 5. 13 fr. 1 §§ 1, 6, 8, 10 изъ ex stipulatu actionis natura.

44) Означенное въ текстѣ словоупотребленіе граничитъ съ другимъ, гдѣ подъ природою разумѣютъ совокупность свойства даннаго круга правоотношеній.—Для случаевъ употребленія слова прихода (die Natur der Sache) въ современной литературѣ ср. указанія *Beseler'a*, System des gemeinen deutschen Rechts, § 14 (3 изд. 1873).

ленія состоитъ въ томъ, что оно сообщаетъ конкретность понятіямъ, которыя на самомъ дѣлѣ образованы путемъ отвлеченія отъ ряда сдѣлокъ. Отсюда, какъ слѣдствіе, получается наклонность признавать эти понятія за единственно возможныя или цѣлесообразныя. Такимъ образомъ, если вышеописанное словоупотребленіе не выражаетъ отношенія какого либо понятія къ числу «естественныхъ», то все таки можетъ дать поводъ къ такому отнесенію.

2. Слѣдуетъ различать порядокъ фактическихъ отношеній человѣка къ природѣ и юридическія предписанія. Помянутый порядокъ заключаетъ въ себѣ норму, которая опредѣляется, вопервыхъ, взаимодѣйствіемъ законовъ природы и, вовторыхъ, умѣніемъ людей пользоваться этими законами. Эта норма измѣняется только по мѣрѣ общаго прогресса знаній, и соблюденіе ея не подлежитъ произволу. Въ каждомъ данномъ состояніи ея она представляется ненарушимою, потому что никто *не можетъ* нарушить ее. Напротивъ юридическое опредѣленіе установлено обществомъ, основано на его авторитетѣ и нарушимо со стороны отдѣльныхъ лицъ. Нѣкоторыя выраженія естественнаго порядка состоятъ къ близкомъ отношеніи къ праву и привлекаютъ въ себѣ вниманіе юристовъ. Римскіе юристы были склонны относить ихъ къ разряду естественныхъ *юридическихъ* предписаній; но это было не болѣе, какъ смѣшеніе понятій. Когда, напримѣръ, говорилось, «что по естественному разуму» стипуляція ничтожна, буде въ ней обѣщано невозможное [45]), тогда имѣлось въ виду отношеніе совершенно инаго рода, нежели въ томъ случаѣ, когда видѣли въ естественномъ разумѣ, напр., источникъ наслѣдственнаго преемства дѣтей послѣ родителей [46]). Никакая человѣческая сила не въ состояніи осуществить договора съ невозможнымъ содержаніемъ, тогда какъ наслѣдственное право дѣтей послѣ родителей, сколь разумнымъ оно ни казалось бы, имѣетъ за себя относительную силу авторитета общества, покровительствующаго ему, и всегда можетъ страдать отъ произ-

---

[45]) *Dig.* 44. 7 fr. 1 § 9; ср. *Hartmann*, die Obligation, 1875, стр. 8.

[46]) *Dig.* 48. 20. fr. 7 pr.

вола отдѣльныхъ лицъ. Правила, подобныя вышеприведенному (относительнос типуляціи), содержатъ въ себѣ простое констатированіе неизбѣжнаго естественнаго факта, но вовсе не юридическую норму [47]). Поэтому такія правила не имѣютъ накакого значенія для вопроса о существованіи естественнаго *права*, если только не расширять безъ нужды смысла послѣдняго выраженія. Констатированіе факта имѣетъ обыкновенно отрицательное назначеніе, опредѣляя предѣлы, далѣе которыхъ не можетъ быть осуществлена та или другая юридическая норма. При примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ нормы, которая заключаетъ въ себѣ констатированіе фактическаго отношенія, судья, конечно, можетъ ошибиться въ характеристикѣ даннаго случая и счесть, напримѣръ, невозможное обязательство за возможное. Изъ этого не слѣдуетъ однако, что возможность опредѣляется юридическимъ путемъ. Своимъ приговоромъ судья не дѣлаетъ обязательства возможнымъ, а только совершаетъ несправедливость, присуждая отвѣтчика уплатить за неисполненіе невозможнаго, которое по ошибкѣ представляется судьѣ возможнымъ.

Какъ замѣчено выше, римскіе юристы причисляли формулы, которыя констатировали естественные факты, къ числу *право*опредѣленій, но было бы вѣрнѣе исключить ихъ изъ этой категоріи.

Наша задача.

§ 16. Теперь мы переходимъ къ *юридическимъ* нормамъ и учрежденіямъ, которыя были причислены римскими юристами къ категоріи естественныхъ. Наша задача состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить скрытый субъективный мотивъ, который побудилъ юристовъ счесть тѣ или другія нормы и учрежденія «естественными», въ отличіе отъ другихъ. Какъ увидимъ, мотивъ этотъ былъ во всѣхъ случахъ одороденъ; но разнообразились поводы къ образованію его. Нѣсколько поводовъ вели къ одному и тому же результату. Сообразно ихъ различію вся область «естественнаго» права должна быть раздѣлена на группы.

---

[47]) Ср. *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, § 251.

Основное (первичное) содержаніе естественнаго права.

Первый мотивъ: новая справедливость.

§ 17. Объективизмъ стараго (квиритскаго) права въ концѣ концовъ погубилъ свое дѣтище. Удержаніе старыхъ, отжившихъ формъ продолжалось черезъ чуръ долгое время (л., гл. XV и XVI) и дало наконецъ юриспруденціи поводъ къ серьезному сравненію съ ними формъ новыхъ. Сравненіе привело къ тому, что новыя учрежденія и нормы очертились наиболѣе симпатично на отжившемъ фонѣ, который отталкивалъ отъ себя юриста. Субъективному отношенію былъ приданъ объективный характеръ и въ результатѣ «естественному» разуму приписали произведеніе новыхъ учрежденій. Объективизмъ, въ его старомъ значеніи, исчезъ и смѣнился новымъ, философскимъ объективизмомъ, который простерся надъ областью, какъ разъ противоположною области стараго права. Естественное обозначало собою близкое къ потребностямъ времени,—новое въ противоположность къ отжившему старому, которое относилось на счетъ «гражданскаго» разума (ratio civilis). Вѣра въ первоначальный золотой вѣкъ, когда естественное право не было еще стѣснено проявленіями этого втораго фактора, заключала въ себѣ средство, которымъ примирялось отсутствіе естественнаго права въ ближайшемъ прошедшемъ съ вѣчностью и первобытностью этого права [48]). Кромѣ того существовала потребность опредѣлить тотъ высшій авторитетъ, на которомъ зиждилось новое право,—стоявшее, какъ извѣстно, внѣ области авторитетовъ, открыто признанныхъ за источники права. Сведеніе новаго права на естественный разумъ удовлетворяло этой потребности. Въ этомъ отношеніи справедливо то мнѣніе [49]), которое полагаетъ, что въ образованіи общенароднаго права (ius gentium) лежало начало пути, приведшаго римскихъ юристовъ къ праву естественному (л., стр. 489 и сл.). Но далѣе несправедливо думать, что при образованіи ius gentium существовала практическая потребность въ изслѣдованіи «природы вещей», которая

[48]) *Dig.* 41. 1. fr. 1. Et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est...; ср. *Dig.* 1. 1. fr. 4 и *Dig.* 40. 11. fr. 2.

[49]) *Hildenbrand*, стр. 601—603.

должна была послужить основнымъ источникомъ и критеріемъ новыхъ нормъ, что «великое событіе образованія ius gentium рядомъ съ ius civile,—правовой системы, проникнутой единымъ духомъ и наравнѣ съ цивильнымъ правомъ получившей примѣненіе къ Римлянамъ,—это событіе останется непонятнымъ, если мы не примемъ, что оно произошло вслѣдствіе яснаго и рѣшительнаго признанія въ naturalis ratio, naturalis aequitas—новаго правоваго принципа» (Гильдебрандъ). Разсуждая такъ, мы упустили бы изъ виду прежде всего то обстоятельство, что согласно съ духомъ римской юриспруденціи процессъ творчества новаго права долженъ былъ происходить не дедуктивнымъ, а индуктивнымъ путемъ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ римскіе юристы приспособлялись къ потребностямъ гражданскаго быта и оцѣнивали найденный для нихъ юридическій порядокъ, руководясь чувствомъ практической цѣлесообразности, которое совершенствовалось по мѣрѣ возраставшей практики и опытности. Чуткіе въ высшей степени къ конкретнымъ различіямъ и особенностямъ юридическихъ казусовъ, они даже въ лучшее время своей исторіи обнаруживали полное отсутствіе подобной способности по отношенію къ общимъ мотивамъ своихъ рѣшеній (л., стр. 482 и сл.). Тѣмъ менѣе основаній представляется для ожиданія встрѣтиться съ нею на первыхъ порахъ образованія новой системы. Но когда главная часть реформы была уже совершена, и въ юриспруденціи возникло стремленіе отдать себѣ отчетъ въ пройденномъ пути, только тогда могъ потребоваться общій принципъ для теоретическаго оправданія всего сдѣланнаго. Естественный разумъ и естественная справедливость послужили средствомъ къ такому оправданію. Авторитетомъ природы, стоящимъ выше всѣхъ возможныхъ человѣческихъ авторитетовъ, покрывалась произвольная дѣятельность претора, который подкапывался подъ сводъ стараго закона и обычая, освященный вѣками.

Квалификація новыхъ учрежденій въ качествѣ естественныхъ выразилась въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ римскіе юристы причисляютъ къ естественному праву отдѣльные институты новаго происхожденія, противопоставляя ихъ обыкновенно институтамъ стараго права. Такъ, естественному праву приписывается ког-

натство со многими его послѣдствіями (между которыми главное мѣсто принадлежитъ наслѣдственному праву когнатовъ), противополагаемое старому принципу агнатства [50]); туда же относится опека надъ лицами, недостигшими 25-ти лѣтняго возраста [51]); туда же принадлежатъ далѣе многія сдѣлки, лишенныя обязательной и торжественной формы, каковы: традиція [52]), наемъ и купля [53]), constitutum [54]), вообще pacta [55]); вмѣстѣ съ тѣмъ къ естественному праву относятся принципы bonae fidei и свободнаго толкованія сдѣлокъ, служащіе душею новаго договорнаго права и чуждые старому Риму [56]); exceptio doli mali [57]); смягченіе рабства [58]); вещный искъ жены противъ мужа относительно приданаго [59]). Исторія свидѣтельствуетъ съ полною очевидностью, что всѣ названные институты и принципы составляли произведеніе умственныхъ и соціальныхъ условій, наступившихъ въ Римѣ въ послѣдніе три вѣка республики, и до того времени не были извѣстны юриспруденціи. Ихъ гармонія съ означенными условіями отразилась въ юридическомъ сознаніи въ формѣ признанія ихъ естественности.

Въ этой именно области естественнаго права надо искать центръ отожествленія справедливаго (aequum, aequitas) съ естественнымъ (aequitas naturalis), слѣды чего въ достаточномъ количествѣ разсѣяны по источникамъ. Уже въ воззрѣніи Цицерона существовала внутренняя связь между естественнымъ правомъ и справедливостью, обусловленная, конечно, тѣмъ, что въ aequitas нашло свое выраженіе правосозерцаніе римскаго народа, и то же правосозерцаніе руководило Цицерономъ при конструк-

---

[50]) *Dig.* 38. 10. fr. 4 § 2; *Gai.* I § 158; *Dig.* 38. 8. fr. 2 и др., См. *Voigt*, I, прим. 443 и стр. 321; ср. стр. 368.

[51]) *Dig.* 4. 4 fr. 1 pr.

[52]) *Gai.* II § 65.

[53]) *Dig.* 19. 2. fr. 1.

[54]) *Dig.* 13. 5. fr. 1 pr.

[55]) *Dig.* 2. 14. fr. 1 pr.

[56]) Ср. у *Voigt'a*, I, стр. 321—323.

[57]) *Dig.* 44. 4. fr. 1 § 1.

[58]) См. ниже.

[59]) *Cod.* 5. 12. 1. 30.

ціи его ius naturale [60]). Та же связь продолжается у позднѣйшей юриспруденціи. Въ сущности «естественное право» и «справедливость» выросли на одной почвѣ; они служили различными выраженіями одной и той же идеи, характеризовали съ различныхъ точекъ зрѣнія одну и ту же область явленій. Субъективная правда, выраженная въ справедливости, становилась въ естественномъ правѣ правдою объективною; естественное право объясняло справедливость, сводя субъективное чувство на объективную природу вещей [61]). Объективированіе, какъ скоро оно произошло, допускало примѣненіе аттрибута естественности къ такимъ случаямъ, къ которымъ справедливость оставалась индиферентной [62]); но тѣмъ не менѣе послѣдняя оставалась первымъ корнемъ естественнаго права. Это отношеніе выражалось ясно въ греческой философіи [63]); въ Римѣ оно было скрыто тѣмъ обстоятельствомъ, что aequitas была произведеніемъ римской жизни, тогда какъ идея естественнаго права явилась въ Римѣ со стороны уже въ готовомъ видѣ. Корень римской aequitas въ томъ видѣ ея, какъ она является въ новомъ римскомъ правѣ, составляла идея, объединявшая всю совокупность юридическихъ идей новаго происхожденія, которыя получили первоначальное признаніе въ субъективномъ сознаніи общества и юриспруденціи и были проведены постепенно въ дѣйствующее право. Это было новое правосозерцаніе римскаго народа, особенностями своего историческаго развитія отдѣленное рѣзкою чертою отъ стараго цивильнаго права [64]). Сложившись, aequitas объективировалась, приняла видъ самобытной силы, связанной съ извѣстнымъ юридическимъ содержаніемъ и имѣвшей абсолютное превосходство надъ прочими факторами правообразованія. Это стремленіе къ объективированію совпало съ другимъ, шедшимъ ему на встрѣчу стремленіемъ,—стремленіемъ наполнить конкретнымъ содержаніемъ абстрактную идею естественнаго права. Самобытная справедливость стала естественнымъ правомъ.

---

60) *Voigt*, I, стр. 214 сл.
61) Ср. *Voigt*, I, стр. 316—320.
62) Ср. *Voigt*, I, cit.
63) *Voigt*, I, стр. 318.
64) *Voigt*, I, стр. 11—33.

Противъ Гильдебранда.

§ 18. Слѣдуетъ остеречься отъ заблужденія, которое раздѣляетъ вполнѣ или отчасти ошибку древнихъ юристовъ, приписывая справедливости нѣкоторое постоянное содержаніе. Съ точки зрѣнія исторіи понятіе естественнаго разума или естественной справедливости есть не болѣе, какъ своеобразная форма, въ которую вылилось выраженіе юридическихъ идей даннаго времени. Но усматривать въ содержаніи этихъ послѣднихъ нѣчто естественное въ римскомъ смыслѣ, значило бы вмѣстѣ съ тѣмъ отрицать какую либо естественность въ учрежденіяхъ всякой другой эпохи, напр., эпохи квиритскаго права. Такой ходъ мысли заключалъ бы въ себѣ самое серьезное преступленіе противъ идеи закономѣрнаго развитія. Съ истинно-философской точки зрѣнія квиритское право было такимъ же естественнымъ продуктомъ своего времени, какъ ius gentium—своего. Семейный строй, основанный на агнатствѣ, манципація, строгій формализмъ должны были казаться юристу стараго времени столь же необходимыми, каковыми казались юристу классическаго періода противоположныя имъ учрежденія и принципы. Если бы національная замкнутость и формализмъ со всѣми ихъ аттрибутами не были въ эпоху своего возникновенія и развитія явленіями, согласными съ понятіями и чувствами, господствовавшими въ эту эпоху, и съ фактическими обстоятельствами, составлявшими общественную жизнь того времени, то они не могли бы совсѣмъ появиться въ исторіи. Правовое чувство древнѣйшихъ юристовъ настолько же должно было способствовать ихъ поддержанію, насколько правовое чувство позднѣйшихъ юристовъ—ихъ паденію. Различіе между старыми и новыми юристами состояло только въ томъ, что первые, не будучи подготовлены къ какому либо философскому анализу конечныхъ источниковъ права и удовлетворяясь подведеніемъ своихъ рѣшеній подъ высокій для нихъ авторитетъ государственнаго закона, не задавали себѣ вопроса объ естественности продуктовъ своего творчества, тогда какъ вторые выступили съ подобнымъ вопросомъ. Они были подготовлены къ тому своимъ философскимъ образованіемъ и вызваны непосредственно раздвоеніемъ, происшедшимъ въ дѣйствующемъ правѣ,—обыкновеннымъ послѣдствіемъ усложненія гражданскихъ отношеній, когда всѣ части права переста-

ютъ развиваться равномѣрно,—усложненія, которое нашло въ этомъ случаѣ поддержку въ консервативномъ настроеніи юридическаго мышленія (л., стр. 362 и сл.). Въ формѣ теоретическаго столкновенія естественнаго разума съ разумомъ человѣческимъ отразилась практическая борьба новаго правоваго чувства съ устарѣлымъ авторитетомъ старины.

Естественная справедливость и естественное право не были, стало быть, самобытными факторами образованія права; ихъ сила была не первоначальная, но производная, рефлективная, которую можетъ и должно имѣть каждое обобщеніе юридическаго матеріала, какъ таковое [63]). Не слѣдуетъ стѣсняться тѣмъ замѣчаніемъ, что сводить все различіе между правомъ и справедливостью на то, что первое, какъ воплощенное въ извѣстной, разъ навсегда объявленной нормѣ, обладаетъ объективнымъ значеніемъ, вторая же, будучи непосредственною принадлежностью сознанія отдѣльныхъ лицъ или общества, имѣетъ субъективный характеръ, значитъ будто бы строить понятіе о справедливости на черезчуръ формальномъ основаніи; ничего нѣтъ опаснаго и

[63]) *Voigt*, I, стр. 234—242, 250 сл., 255—266, 470—474. Идея естественнаго права привела въ сознаніе и развила понятіе равноправности всѣхъ (свободныхъ) людей, основанное въ ius gentium, познакомила римскую мысль съ ученіемъ объ общечеловѣческомъ союзѣ (societas hominum) и способствовала постановкѣ основныхъ вопросовъ о правѣ, каковы вопросы объ его природѣ, конечномъ источникѣ, послѣднемъ основаніи, руководящихъ принципахъ, субъектахъ. Вліяніе этой идеи было частью общаго философскаго вліянія. Это послѣднее выразилось въ особенности въ томъ, что направило юриспруденцію къ обобщеніямъ и систематической разработкѣ права и, вообще расширивъ ея кругозоръ въ области отвлеченій, сообщила ей особую твердость на пути сознательно-самостоятельной разработки права.—Всѣ перечисленныя, безспорно важныя стороны вліянія не выходятъ однако за предѣлы того, что въ текстѣ названо вліяніемъ рефлективнымъ. Такимъ образомъ въ опредѣленіи брачнаго союза (Фойгтъ, стр. 265 сл.), которое замѣчательно въ томъ отношеніи, что составлено путемъ непосредственнаго наблюденія надъ жизнью помимо сложившихся юридическихъ понятій и само сдѣлалось источникомъ новыхъ правоопредѣленій, мы должны видѣть плодъ открытаго самостоятельнаго творчества, которое дѣйствовало уже въ эпоху образованія ius gentium и было укрѣплено вышесказанною увѣренностью.

въ томъ обстоятельствѣ, что, развивая наше различеніе послѣдовательно, придется, разумѣется, придти къ тому заключенію, что самыя суровыя опредѣленія, покуда они составляютъ принадлежность субъективнаго сознанія, входятъ въ составъ справедливости, и, наоборотъ, свободнѣйшія и по содержанію своему справедливѣйшія (на нашъ взглядъ) положенія, какъ скоро они облеклись въ форму правоопредѣленій, относятся къ строгому праву. Источники римскаго права, взятые сами по себѣ, конечно, не подтверждаютъ такого воззрѣнія на справедливость. Они выражаютъ, напротивъ, тотъ взглядъ, что aequitas изначала обладала самобытнымъ содержаніемъ и новыя правоопредѣленія причислялись къ ней потому, что имѣли ея характеръ; отсюда новое право было aequitas не потому, что приходилось по духу времени, но духъ времени принялъ его, потому что оно было aequitas [66]). Однако подобное объективированіе aequitas не согласуется съ идеею закономѣрнаго историческаго развитія всѣхъ человѣческихъ идей и учрежденій, взглядъ же самихъ Римлянъ на историческую сущность ихъ институтовъ необязателенъ для насъ eo ipso. Гораздо важнѣе то обстоятельство, что источники римскаго права содержатъ въ себѣ многочисленныя указанія на то, что подъ aequitas разумѣлись главнымъ образомъ принципы и институты новаго происхожденія [67]); а какое теоретическое соотношеніе установили юристы между ними и aequitas,—разрѣшеніе этого вопроса имѣетъ значеніе для характеристики римскаго воззрѣнія на предметъ, но не содержитъ въ себѣ отвѣта на вопросъ о дѣйствительномъ историческомъ соотношеніи ихъ. Никакое ложное представленіе о происхожденіи того или другаго предмета не измѣняетъ его дѣйствительнаго происхожденія. Признакъ, разграничивающій справедливость и право, не теряетъ ничего по своей формальности, если имъ обусловливаются всѣ другіе существенные признаки. Справедливость есть субъективное правосозерцаніе въ противоположность объективному праву. Какъ наиболѣе подвижное и растяжимое, субъективное

---

66) *Hildenbrand*, I, стр. 621—624.
67) Ср. *Voigt*, I, стр. 350.

правовоззрѣніе измѣняется и формулируется вслѣдъ за движеніемъ гражданской жизни съ большею быстротою и большимъ приближеніемъ къ свойствамъ отдѣльныхъ случаевъ, нежели право. Такимъ образомъ субъективнымъ характеромъ справедливости объясняется между прочимъ относительный характеръ ея нормъ, ея стремленіе и способность къ индивидуализаціи правоопредѣленій. Опережая право, субъективное правовоззрѣніе создаетъ этимъ самымъ стимулъ къ отличенію его отъ объективнаго права, къ обособленію его, подъ именемъ справедливости, отъ права. Отсюда вытекаетъ дальнѣйшее многообразіе отношеній, въ которыя можетъ становиться справедливость къ праву,—отъ полнаго согласія ихъ до полнаго противорѣчія. Различіемъ поводовъ, которые ведутъ къ столкновенію права и справедливости, обусловливается различіе формъ, въ которыхъ выражается протестъ справедливости противъ права. Когда поводъ заключается въ недостаткахъ примѣненія права, тогда справедливость ропщетъ на то, что судъ недостаточно согласуетъ норму съ особенностями даннаго случая; когда же поводъ лежитъ въ недостаткахъ правообразованія, въ отсталости законодательства, тогда справедливость требуетъ, чтобы право было приближено къ потребностямъ даннаго времени. Нѣтъ сомнѣнія, что съ точки зрѣнія лицъ, симпатизирующихъ строгому праву, оно будетъ справедливѣе противоположнаго ему, дѣйствующаго права, и вообще можно смѣло утверждать, что лицамъ, которыя заинтересованы въ существованіи какого либо формальнаго института, этотъ послѣдній всегда будетъ казаться справедливѣе всякаго другаго, болѣе свободнаго института, если только они не въ состояніи будутъ подняться на ту высоту правосозерцанія, которая дозволила бы имъ сознать всю эгоистичность ихъ собственныхъ интересовъ [68]). Входя въ составъ дѣйствующаго права, норма не перестаетъ быть спра-

[68]) Вопреки воззрѣнію (Фойгтъ), во всемъ другомъ сходному съ нашимъ, надо сказать, что относительный характеръ справедливости входитъ въ качествѣ необходимаго составнаго звена въ ея опредѣленіе. Относительность въ данномъ случаѣ есть одно изъ проявленій *способности стоять къ жизни ближе, нежели право*; въ этой способности заключается, какъ сказано, причина обособленія справедливости отъ права.

ведливостью, ибо рядомъ съ объективнымъ правомъ всегда существуетъ относительно каждаго его постановленія субъективное правовое чувство; но съ полнымъ внесеніемъ справедливой нормы въ дѣйствующее право исчезаетъ практическій интересъ для противоположенія права и справедливости, и право не возбуждаетъ со стороны субъективнаго правовоззрѣнія никакого протеста. — И слѣдуетъ сказать, что опредѣленіе aequitas, которое предлагаютъ взамѣнъ воззрѣнія, нами защищаемаго [69]), въ сущности только повторяетъ это послѣднее; за исключеніемъ изъ сказаннаго опредѣленія тѣхъ элементовъ, которые основаны на ложномъ пониманіи естественности, въ немъ не останется ничего болѣе, кромѣ указанія на то, что сущность справедливости опредѣляется стремленіемъ приблизить дѣйствующее право къ потребностямъ даннаго времени.

Спрашивается, согласуются ли факты римскаго права съ нашимъ воззрѣніемъ на справедливость? На видъ это согласованіе представляетъ два затрудненія. Первое состоитъ въ томъ, что мнѣніе, выраженное самими римскими юристами относительно происхожденія справедливости, противорѣчитъ нашему воззрѣнію; но это мнѣніе, какъ замѣчено выше, для насъ необязательно. Второе кажущееся препятствіе можетъ быть усмотрѣно въ томъ обстоятельствѣ, что справедливости не приписываются исключительно одни институты новаго происхожденія, но рядомъ съ ними упоминаются и другія учрежденія и нормы. Но наше воззрѣніе вовсе не утверждаетъ, что понятіе справедливости связывается исключительно съ институтами новаго происхожденія въ противоположность старымъ. Противорѣчіе субъективнаго правовоззрѣнія съ объективнымъ правомъ даетъ первый источникъ для образованія самостоятельной идеи справедливости, такъ какъ вызываетъ непосредственно на оцѣнку объективнаго права съ субъективной точки зрѣнія. Но затѣмъ, разъ такая оцѣнка началась, ея область расширяется. Съ одной стороны, переходъ предписаній справедливости въ дѣйствующее право родитъ случаи совпаденія права съ справедливостью. Съ другой стороны, къ тому же ведетъ общее сравненіе несправед-

---

69) См. *Hildenbrand*, стр. 624.

ливыхъ правоопредѣленій съ прочими частями положительнаго права. Примѣненіе оцѣнки съ отрицательною цѣлью, естественно, должно повести къ примѣненію ея съ цѣлями положительными. Опредѣленія дѣйствующаго права, согласныя съ субъективнымъ правовоззрѣніемъ, признаются, въ противоположность несогласнымъ съ нимъ, справедливыми. Такимъ образомъ слѣдуетъ отличать случаи, представляющіе собою условіе перваго образованія понятія о справедливости, отъ случаевъ дальнѣйшаго распространенія этого понятія. Въ римской юриспруденціи подобное распространеніе его должно было развиться тѣмъ болѣе, что, подобно многимъ другимъ общимъ юридическимъ понятіямъ, понятіе справедливости объективировалось въ воззрѣніи римскихъ юристовъ и пріобрѣло вслѣдствіе того самобытное содержаніе. Фактическою опорою для такой философской справедливости должны были послужить всѣ правоопредѣленія, которыя сознавались какъ справедливыя, при чемъ причина ихъ согласія съ правовымъ чувствомъ была безразлична.

Итакъ, въ фактическомъ матеріалѣ новой справедливости юристы нашли первую опору для естественнаго права.

Противъ Боголѣпова

§ 19. Теперь другой вопросъ подлежитъ нашему разрѣшенію. Спрашивается, принадлежала ли идеи естественнаго права, разъ она была введена въ кругъ юридическихъ идей, какая либо продуктивная сила? Принимая, что новыя римскія учрежденія возникли на самостоятельной области общенароднаго права (ius gentium), и что только позднѣе эта область сдѣлалась опорой для понятія объ естественномъ правѣ, иногда полагаютъ, что, будучи однажды принято въ юридическую систему, оно обнаружило благотворное творческое дѣйствіе, способствовавъ смягченію рабства и создавъ новый «натуралистическій» методъ юридическаго мышленія; особенность этого послѣдняго состояла въ томъ, что юридическій вопросъ рѣшался на основаніи природы даннаго субъекта, объекта и отношенія [70]). Нѣтъ сомнѣнія, что, санкціонируя сдѣланное разрушеніе стараго права, естественный разумъ поощрялъ своимъ авторитетомъ также дальнѣйшее движеніе въ томъ же направленіи. Эпитетъ есте-

---

[70]) *Боголѣповъ*, стр. 237—252.

ственный прилагался какъ къ дѣйствующему праву, созданному въ новомъ духѣ, такъ и къ праву, еще не реализованному, но желаемому,—праву идеальному. Такимъ образомъ въ естественную область вошло, напримѣръ, стремленіе къ признанію равенства всѣхъ людей. Но и относительно институтовъ, вызванныхъ этимъ стремленіемъ, сознаніе естественности ихъ не столько, кажется, создавало, сколько служило къ вящему укрѣпленію идеальныхъ стремленій, покрывая ихъ авторитетомъ высшей, объективной разумности. Сознаніе естественности придавало энергію силѣ, созданной уже другими источниками,—насколько вообще былъ въ состояніи придать ее теоретическій, отвлеченный авторитетъ. Скудость фактическаго матеріала, собрать который, какъ оказывается, удается въ подтвержденіе творческой силы самой идеи естественности возможнымъ [71]), въ сравненіи какъ съ необыкновеннымъ богатствомъ юридической казуистики Римлянъ, такъ и съ громкою торжественностью ихъ заявленій объ естественности гуманныхъ принциповъ, свидѣтельствуетъ лучше всего другаго въ пользу того обстоятельства, что идея естественности не была причастна *образованію* права. Относительно рабства примѣненіе естественнаго права не шло далѣе палліативныхъ средствъ, которыя, въ виду неудовлетворительнаго фактическаго положенія рабовъ, говорятъ, можетъ быть, не столько въ пользу юриспруденціи, сколько во вредъ общественнымъ нравамъ. Что же касается до «натуралистическаго» метода юристовъ, то онъ былъ непосредственнымъ послѣдствіемъ реализма, имъ присущаго (л., стр. 481). Работая на почвѣ дѣйствительности, римскіе юристы поражаютъ насъ своею способностью сравненія въ примѣненіи къ юридическимъ отношеніямъ, умѣньемъ замѣчать ихъ различія и сходства и производить ихъ юридическую квалификацію, — другими словами, своимъ искусствомъ въ томъ процессѣ, что теперь называется юридическою конструкціею отношеній. Далѣе, рѣшенія, принадлежащія римской юриспруденціи, дышатъ необыкновеннымъ практическимъ тактомъ, который помогалъ ей согласовать въ высшей степени цѣлесообразно формальную сторону правоопредѣ-

---

[71]) См. *Боголѣповъ*, l. c.; ср. *Voigt*, I, стр. 282—286, 336 сл.

леній съ ихъ жизненною стороною. Эти качества существовали и выработывались уже въ старо-римской юриспруденціи, потому что и эта юриспруденція работала казуально, была практической и стояла лицомъ къ лицу къ жизни. Они прилагались тамъ въ иной сферѣ понятій, нежели позднѣе; имъ было далеко до той эластичной утонченности, до которой они возвысились въ періодъ конца республики и имперіи;—они существовали тамъ, такъ сказать, въ зародышѣ, выражались въ формахъ грубыхъ и рѣзкихъ, но все таки существовали и выражались, и, конечно, потому, что и тогда юриспруденція руководилась въ своихъ выводахъ природою лицъ, вещей и отношеній, смотря по тому, какъ она понимала эту природу. Прогрессъ юриспруденціи былъ задержанъ на время, какъ извѣстно, тѣмъ, что ей пришлось нѣсколько долго проработать надъ однимъ матеріаломъ, такъ что выработанный строй понятій и пріемовъ успѣлъ на время окостенѣть, и быстрый переворотъ, возникшій въ гражданской и умственной жизни съ началомъ широкихъ завоеваній, засталъ юриспруденцію какъ бы врасплохъ. Это повело сначала къ задержкѣ развитія, а потомъ къ быстрому разрыву съ прошедшимъ,—моменты исторіи римскаго права, столь ярко отразившіеся въ трудахъ Цицерона. Новыя условія, двинувъ впередъ развитіе правоваго чувства и вызвавъ новыя потребности, дали новую богатую пищу для изслѣдованія природы лицъ, вещей и отношеній; работа надъ новымъ матеріаломъ усовершенствовала старые пріемы, сообщила имъ высшую тонкость и тягучесть, и когда явились на сцену философскія понятія о природѣ, ея разумѣ и т. п., имъ пришлось только примкнуть тутъ и тамъ, въ качествѣ обозначеній, къ законченнымъ уже результатамъ труда предшествующихъ столѣтій. То, что приводится въ доказательство противоположнаго воззрѣнія [72]), не содержитъ въ себѣ обыкновенно ничего, кромѣ пользованія терминомъ «природа» для обозначенія какого либо фактическаго обстоятельства (§ 15), и, какъ замѣчено выше, уже по своей относительной малочисленности не можетъ служить доказательствомъ тому, что вообще методъ, выраженный въ нихъ,

[72]) См. выше, примѣч. 7.

былъ результатомъ непосредственнаго вліянія идеи о природѣ, заимствованной притомъ отъ греческихъ философовъ. Общія, къ тому же неопредѣленныя идеи не могутъ своимъ вліяніемъ создавать метода. Онѣ способны пожалуй породить мысль о немъ; ввести же его въ практику и притомъ въ совершенствѣ, въ дѣятельности не одного юриста, а длиннаго ряда цѣлыхъ поколѣній, былъ въ состояніи только продолжительный и упорный опытъ,—и мы не имѣемъ рѣшительно никакихъ данныхъ предполагать, что этотъ опытъ не начался и не былъ совершенъ въ значительныхъ размѣрахъ до времени перваго знакомства римскихъ юристовъ съ ученіемъ объ естественномъ правѣ. Непосредственность, которою дышатъ рѣшенія римской юриспруденціи, замѣчательная цѣлесообразность ихъ въ связи съ полнымъ почти отсутствіемъ правильной мотивировки, указываютъ прямо на практическій, а не на теоретическій источникъ метода. Къ тому же, идея естественнаго права, не содержа въ своемъ отвлеченномъ видѣ (въ какомъ она перешла въ римскую юриспруденцію) никакихъ положительныхъ указаній, по существу своему, могла образовать наиболѣе живую часть своего конкретнаго состава только изъ матеріала справедливости (aequitas), заранѣе выработаннаго практикой. Естественное право было поэтому не самобытною силою, а формулою, которая объединяла практику. Юристы не реализировали идею ius naturale, а сводили къ ней практическое право. Если бы развитіе юридическаго метода зависѣло отъ успѣховъ того непосредственнаго вліянія на практику, которое принадлежало идеи естественной справедливости, отличенной, правда, особымъ именемъ, но не приведенной въ полное сознаніе, то мы не имѣли бы предъ собою того развитаго римскаго права, которымъ обладаемъ теперь. Подобная идея могла имѣть успѣхъ, только опираясь на соотвѣтствующее умѣнье и искусство; и если въ дѣйствительности она не была совсѣмъ лишена вліянія [73]),

---

[73]) Кромѣ случаевъ непосредственнаго образованія правоопредѣленій подъ вліяніемъ идеи естественнаго права, куда относятся смягченія рабства и т. п., слѣдуетъ обратить вниманіе на такіе случаи, гдѣ дедукція изъ означеннаго понятія служитъ къ разрѣшенію усложненій какого-либо казуса. Примѣръ см. *Dig.* 37. 4 fr. 8 § 7. По свидѣтельству Ульпіана,

то такъ произошло отъ того, что, входя въ кругъ римскаго юридическаго кругозора, она нашла тамъ это искусство, воспитанное всѣмъ историческимъ прошедшимъ римской юриспруденціи.—И здѣсь мы еще разъ убѣждаемся въ томъ, что при изслѣдованіи общихъ идей, принадлежавшихъ римской юриспруденціи, слѣдуетъ различать строго то, чѣмъ казались эти идеи самимъ Римлянамъ, и то, что были онѣ на самомъ дѣлѣ. Изъ того обстоятельства, что право находилось въ тѣсной связи съ жизнью, не слѣдуетъ непремѣнно того, что общія идеи, которыми думали объяснить право сами творцы его, выражали всегда вѣрнымъ образомъ его свойства. Ученіе объ естественномъ правѣ основывалось на широкомъ обобщеніи, изучая которое мы должны принять всѣ предосторожности, необходимыя при изученіи обобщеній римской юриспруденціи.

Второй мотивъ: усвоенные нормы

§ 20. Основное содержаніе естественнаго права не исчерпывается вышеописанною группою. Если при первомъ критическомъ отношеніи къ дѣйствующему праву за справедливое (и естественное) почитается новое, желательное, въ противоположность старому, отжившему, то отсюда недалеко до другаго шага. Въ старомъ — не все представляется отжившимъ, и потому въ составѣ самаго стараго и удержаннаго права различаютъ справедливое и несправедливае, естественное и не естественное. Справедливость и естественность становятся такимъ образомъ общими мѣрками, которыми мѣряютъ всю область дѣйствующаго права безъ различія его историческаго происхожденія. Что касается до естественности, то здѣсь собственно приходитъ въ дѣйствіе обыкновенная наклонность людей, не проникавшихъ научнымъ взоромъ въ отдаленное отъ нихъ прошедшее, считать принципы и институты, наиболѣе элементарные, усвоенные, наиболѣе проникшіе въ жизнь, за нѣчто необходимое само

Папиніанъ полагаетъ, что если кто лишитъ наслѣдства своего эмансипированнаго сына, а потомъ усыновитъ его, то лишеніе наслѣдства остается въ своей силѣ, потому что естественныя отношенія должны преобладать надъ искусственными. Мысль юриста здѣсь такова, что сынъ былъ лишенъ наслѣдства въ качествѣ роднаго сына, и это обстоятельство не могло измѣниться актомъ послѣдующаго усыновленія. Ср. *Dig.* 37. 4 fr. 8 § 8 и слѣд.

по себѣ, безъ чего не мыслима самая гражданская жизнь,— нѣчто, существующее изначала съ тою же самою непоколебимостью, съ которою оно существуетъ теперь. Подъ вліяніемъ такого настроенія римскіе юристы объявляютъ, что отъ природы справедливо, чтобы никто не обогащался, пользуясь ущербомъ другаго [74]); что согласно съ природою, чтобы выгода, приносимая вещью, слѣдовала тому, кто несетъ невыгоды, ею доставляемыя [75]); что естественный разумъ удостовѣряетъ, что безъ вѣдома и желанія другаго лица можно улучшить его юридическое положеніе, но нельзя ухудшить его [76]). Но надо отмѣтить, что примѣненіе этихъ принциповъ въ римскомъ правѣ было далеко не безусловно всеобщее, что поэтому, взятые во всей своей широтѣ, они представляли не столько принципы дѣйствующаго, сколько основныя тенденціи идеальнаго права, и, по своему происхожденію, были не чѣмъ инымъ, какъ отчасти обобщеніемъ, отчасти идеализированіемъ практики, которая получила свое начало въ юрисдикціи претора перегриновъ (ius gentium).—Различныя принадлежности семейственнаго, наслѣдственнаго и вещнаго права приписываются далѣе естественному праву. По естественному разуму бракъ подчиненнаго сына неосуществимъ безъ согласія на то отца [77]); по тому же разуму бѣдный родитель имѣетъ право требовать прокормленія отъ сына [78]). Естественный разумъ предоставляетъ наслѣдство родителей въ пользу ихъ дѣтей [79]); за смертію дѣтей естественная справедливость призываетъ къ наслѣдству рожденныхъ отъ нихъ внуковъ [80]). Естественный разумъ запрещаетъ воровство и прелюбодѣяніе, какъ пороки противоестественные [81]); онъ же установляетъ право оккупаціи: по извѣстной формулѣ предметъ, не составляющій ничьей собственности, принадлежитъ по есте-

---

74) *Dig.* 12. 6 fr. 14; 50. 17 fr. 206.
75) *Dig.* 50. 17 fr. 10.
76) *Dig.* 3. 5 fr. 38 (39).
77) *Inst.* 1. 10 pr.
78) *Dig.* 25. 3 fr. 5 § 16.
79) *Dig.* 48. 20 fr. 7 pr.; *Dig.* 38. 6 fr. 7 § 1
80) *Dig.* 38. 16 fr. 1 § 4.
81) *Dig.* 47. 2 fr. 1 § 3; *Dig.* 50. 16 fr. 42, ср. *Voigt*, I, стр. 245.

ственному разуму первому пріобрѣтателю (л., стр. 617) [82]). Естественная справедливость ввела ius postliminii (л., стр. 34) [83]). Намъ не зачѣмъ доказывать историческій характеръ всѣхъ перечисленныхъ институтовъ, и во всякомъ случаѣ слѣдуетъ сказать, что въ вѣрѣ въ особую естественность институтовъ, подобныхъ семьѣ, наслѣдству, собственности, не заключается никакого свидѣтельства въ пользу дѣйствительной «естественности» ихъ, вопервыхъ, потому, что, насколько эти институты разсматривались въ качествѣ общихъ понятій, они составляли только отвлеченіе отъ всего разнообразія практическихъ отношеній; во вторыхъ, потому, что если римскіе юристы вѣрили въ «естественность» такихъ институтовъ, историческое происхожденіе которыхъ совершилось на ихъ почвѣ и почти что предъ ихъ глазами, то тѣмъ болѣе они должны были быть расположены признавать по однимъ субъективнымъ причинамъ естественность институтовъ, начало которыхъ было скрыто отъ нихъ.

Когда открывается возможность сравнить «естественное» учрежденіе съ учрежденіемъ, которое, подобно ему, не признается столь близкимъ къ завѣтнымъ вѣрованіямъ, тогда подобное сравненіе усиливаетъ самое убѣжденіе въ естественности даннаго учрежденія. Для насъ подобные случаи сравненія представляютъ ту особую выгоду, что на нихъ обнаруживается наглядно субъективный характеръ вѣры въ естественное. Причисляя въ одномъ изъ названныхъ примѣровъ воровство къ числу поступковъ, безчестныхъ по природѣ, римскій юристъ противопоставляетъ имъ неисправное веденіе опеки, которое также безчестно, но лишь по принятому въ государствѣ обычаю (more civitatis); оно не можетъ быть причислено къ числу естественныхъ проступковъ потому, что провиниться въ немъ способенъ и человѣкъ достойный (idoneus). Рачительность въ опекунскихъ дѣлахъ пред-

---

[82]) *Dig.* 41. 1. fr. 3 pr.; ср. *Gai.* II §§ 66—69; *Dig.* 1. 8. fr. 3. Къ мотиву оккупаціоннаго права стоитъ близко мотивъ права находчика на кладъ—права, приписаннаго также естественной справедливости, см. *Inst.* 2. 1. § 39.—Ср. съ перечисленными случаями случаи естественнаго права у Цицерона; см. *Voigt*, I, стр. 196; *Боголъповъ*, стр. 39 сл.

[83]) *Dig.* 49. 15. fr. 19 pr

ставляетъ, несомнѣнно, добродѣтель, болѣе утонченную и исторически позднѣйшую, нежели воздержаніе отъ воровства. Будучи весьма элементарнымъ условіемъ существованія порядка имущественныхъ отношеній, издревле установившагося въ Римѣ, послѣднее качество съиздавна должно было сдѣлаться тамъ аттрибутомъ понятія о честномъ человѣкѣ, тогда какъ необходимость первой добродѣтели не была еще такъ усвоена. Въ глазахъ римскаго юриста, несоблюденіе опекунскихъ обязанностей не затрогиваетъ нравственныхъ обязанностей столь сильно, какъ воровство, и потому не причисляется имъ къ разряду естественныхъ проступковъ. Съ точки зрѣнія современной морали, мы, напротивъ, могли бы съ равнымъ правомъ объявить, что естественный разумъ осуждаетъ небрежное веденіе принятыхъ па себя чужихъ дѣлъ, и приравнять въ этомъ отношеніи къ воровству несоблюденіе опекунскихъ обязанностей.

Другаго рода сопоставленіе тоже обнаруживаетъ субъективный характеръ классификаціи. Утверждая, что сынъ, состоящій подъ властью отца, нуждается въ его согласіи для вступленія своего въ бракъ, юристъ замѣчаетъ, что такъ постановляютъ и цивильный и естественный разумъ. Естественность приписывается здѣсь такому институту, который во многихъ другихъ мѣстахъ признается искусственнымъ, спеціально римскимъ [84]), и несогласнымъ съ естественнымъ характеромъ отношеній родителей къ дѣтямъ. Но въ настоящемъ случаѣ аттрибутъ этого института, интересующій юриста, настолько близокъ еще къ его правовому чувству, что онъ относитъ его къ естественному разуму вопреки общему характеру всего института, точно такъ же, какъ относитъ туда же невозможность иска о воровствѣ между отцомъ и подчиненнымъ сыномъ [85]), хотя съ точки зрѣнія естественнаго права вообще допускаетъ обязательственныя отношенія между главою семьи и подчиненными ему лицами.

---

[84]) *Inst.* 1. 9. § 2: Ius autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus (*Gai.* I § 55).

[85]) *Dig.* 47. 2 fr. 16, см. ниже, стр. 89.

Вторичное содержаніе естественнаго права.

Третій мотивъ: простое и сложное.

§ 21. Сущность двухъ мотивовъ, уже разсмотрѣнныхъ нами (§ 17, § 20), состоитъ въ томъ, что наиболѣе близкое, доступное къ правовому чувству выдѣляется въ юридическомъ сознаніи изъ среды остальнаго и, въ своемъ происхожденіи, объективируется. Оно представляется естественнымъ въ смыслѣ простаго, понятнаго само собою, не требующаго никакихъ объясненій. Противоположное представляетъ все далекое отъ правоваго чувства; оно заключаетъ въ себѣ какъ бы нѣкоторое насиліе надъ человѣческой природой, принуждая ее подчиняться «не естественнымъ» формамъ, и могло произойти только по волѣ человѣка. Старое, отжившее право доставило матеріалъ, пригодный для пополненія этой второй рубрики юридической системы. Но въ правѣ дѣйствующемъ и притомъ не противорѣчащемъ потребностямъ своего времени, находились опредѣленія, которыя не смотря на продолжительность своего существованія не могли потерять характера искусственности. Сюда принадлежали тѣ, всегда необходимые институты, которые, будучи произведеніемъ юридической техники, не бываютъ доступны пониманію одного здраваго практическаго смысла. Было понятно, что они не могли быть даны сами собою, и ихъ появленіе относилось на счетъ civilis ratio. Какъ искусственные, они противополагались простымъ, понятнымъ, естественнымъ. Такимъ путемъ образовалась новая группа противоположеній естественнаго цивильному, смыслъ которой былъ основанъ на противоположеніи простаго сложному, техническому. — Главный примѣръ этой группы составляетъ общее раздѣленіе способовъ пріобрѣтенія права собственности на естественные и цивильные [86]). Когда формализмъ сталъ падать и простая традиція вытѣснила изъ гражданскаго оборота манципацію и цессію (cessio in iure), тогда, по историческому мотиву, два послѣдніе способа, какъ отжившіе, были противоположены остальнымъ способамъ. Но потомъ сдѣланная классификація, потерявъ свое

---

[86]) *Gai.* II § 65 слѣд.; *Inst.* 2. 1 § 11; *Dig.* 41. 1 fr. 1 pr.

историческое основаніе, пріобрѣла болѣе отвлеченное значеніе и превратилась въ различеніе способовъ искусственныхъ и простыхъ. Съ манципаціею и цессіею были сближены давность (usucapio)[87]) и пріобрѣтеніе собственности по судебному рѣшенію (adiudicatio)[88]); эти способы были также внесены въ отдѣлъ цивильныхъ. Четыре способа принадлежали сюда не потому, что составляли исключительную принадлежность стараго права, но потому, что, по мнѣнію юриста, своею своеобразною формою они были обязаны непосредственно юридическому искусству (ratio civilis), тогда какъ форма прочихъ способовъ создавалась въ гражданскомъ оборотѣ какъ бы сама собою. Она опредѣлялась внѣ всякихъ юридическихъ рамокъ естественнымъ ходомъ вещей и обычнымъ движеніемъ обмѣна. Эта новая фаза въ пониманіи существа цивильныхъ способовъ дала разсматриваемой классификаціи возможность удержаться и тогда, когда отжившія свой вѣкъ mancipatio и in i. cessio были выброшены изъ правовой системы.— Подобнымъ же образомъ уничтоженіе обязательства по стипуляціи посредствомъ дѣйствительнаго удовлетворенія кредитора (solutio) противопоставляется, въ качествѣ естественнаго способа, уничтоженію обязательства въ торжественной формѣ вопроса и отвѣта (acceptilatio, л., стр. 201)[89]), удержавшейся, какъ извѣстно, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ. Это противоположеніе сначала могло имѣть чисто историческое значеніе; но въ томъ видѣ, какъ мы находимъ его въ источникахъ, оно измѣнило его въ менѣе опредѣленное. Solutio считается здѣсь однородною съ тѣмъ случаемъ, когда исполненіе обязательства дѣлается физически невозможнымъ вслѣдствіе уничтоженія обѣщанной вещи,—случаемъ, который, несомнѣнно, былъ извѣстенъ старому праву; и противоположеніе его акцептиляціи можетъ имѣть только такой же смыслъ, какой принадлежитъ вышеуказанному противоположенію естественныхъ способовъ пріобрѣтенія собственности способамъ цивильнымъ.— Историческое же значеніе могло принадлежать первоначально и

---

87) *Gai*. 1. c.; cp. *Inst*. 2. 6 pr.
88) Cp. *Dig*. 41. 1 fr. 1 pr. съ порядкомъ дальнѣйшаго изложенія.
89) *Dig*. 46. 3 fr. 107, cp. fr. 49.

термину obligatio naturalis, непосредственные слѣды чего остались, можетъ быть, въ причисленіи къ этому разряду нѣкоторыхъ исковыхъ обязательствъ, напримѣръ, займа, [90]) найма [91]), и друг. [92]). Но далѣе мы встрѣчаемся съ приложеніемъ того же термина ко всѣмъ вообще случаямъ, гдѣ существуетъ реальная подкладка обязательства, обогащеніе одного лица на счетъ другаго, но гдѣ по какимъ либо причинамъ не возникаетъ для кредитора юридическаго права требовать уплаты. Въ однихъ случаяхъ эти причины заключаются въ томъ, что лица, вступившія въ сдѣлку, не считаются субъектами права; тогда наименованіе обязательства естественнымъ имѣетъ значеніе протеста со стороны справедливости противъ отставшаго, строгаго права и удерживаетъ, слѣдовательно, историческій характеръ. Таковы обязательства изъ имущественныхъ отношеній господъ и рабовъ (л., стр. 448 сл.) или лица, которое умалено въ своей правоспособности (л., стр. 28) [93]). Въ другихъ случаяхъ къ естественнымъ причисляются обязательства, не удовлетворяемыя по соображеніямъ полезности, когда обязаннымъ является лицо, состоящее подъ опекой [94]), или такое, давать взаймы которому запрещено закономъ (sc. Macedonianum), или по соображеніямъ техническимъ, когда по дѣлу состоялось уже несправедливое судебное рѣшеніе, освободившее должника [95]). Въ этихъ послѣднихъ случаяхъ фактическая обстановка дѣла или «естественная» сторона его вполнѣ соотвѣтствуетъ условіямъ существованія обязательства, и оно не существуетъ только благодаря искусственнымъ юридическимъ соображеніямъ. Мы встрѣчаемся здѣсь съ столкновеніемъ интереса, представляемаго общими юридическими нормами, разсчитанными на главную потребность или на главный типъ данныхъ случаевъ, съ противоположными интересами, представляемыми второстепенными потребностями и

---

[90]) *Dig.* 45. 1 fr. 126 § 2.
[91]) *Dig.* 19. 2 fr. 1.
[92]) *Dig.* 12. 6 fr. 15 pr.; 26. 8 fr. 5.
[93]) *Dig.* 4. 5 fr. 2 § 2.
[94]) См. у *Baron'a*, § 381, notae 8 и 9.
[95]) *Dig.* 14. 6 fr. 10.
[96]) *Dig.* 12. 6 fr. 28, 19 pr.; cp. fr. 60 pr.

меньшинствомъ случаевъ. Это столкновеніе сознается субъективнымъ правовоззрѣніемъ по поводу отдѣльныхъ случаевъ и отражается въ отвлеченіи «естественной» стороны дѣла отъ юридической. Естественное соотвѣтствуетъ общему, нормальному порядку; юридическое выражаетъ собою порядокъ исключительный.

Четвертый мотивъ: вліяніе физическихъ условій.

§ 22. Только-что сказаннымъ разобранный мотивъ соприкасается съ другимъ. Нѣкоторое отношеніе, которое существуетъ между природою вещей и юридическими предписаніями, также побуждаетъ римскихъ юристовъ придавать имъ колоритъ естественности. Иногда фактическія обстоятельства обусловливаютъ въ томъ или другомъ случаѣ неприложимость другихъ, болѣе общихъ нормъ и вызываютъ существованіе особой самостоятельной нормы—фактическія обстоятельства ведутъ къ уклоненіямъ отъ порядка, принятаго во многихъ другихъ случаяхъ за нормальный. Въ глазахъ юриста цѣль особой нормы заключается въ томъ, чтобы уладить столкновеніе права и частнаго факта соотвѣтственно свойствамъ этого послѣдняго. Такимъ образомъ норма не констатируетъ только извѣстнаго фактическаго отношенія, какъ въ случаяхъ, уже разсмотрѣнныхъ выше, но вводитъ нѣкоторое новое *юридическое* содержаніе въ отношенія человѣка къ внѣшнему міру. Фактъ родитъ потребность; дѣло юридическаго мышленія—найти подходящее удовлетвореніе ея. Естественное отношеніе человѣка къ предмету играетъ роль обстоятельства, которое есть фактическій поводъ къ образованію юридической нормы и фактическое условіе ея осуществимости. При сравненіи ея съ другими нормами, относящимися къ тому же институту, она кажется обособленною, изолированною, и ея изолированность объясняется особенностью фактическаго отношенія, которымъ она вызвана. Подъ впечатлѣніемъ такой зависимости нормы отъ существа фактическаго обстоятельства юристъ считаетъ ее естественною. Но изъ этого еще не слѣдуетъ, что установленная имъ норма естественна въ томъ смыслѣ, что она указана ему естественнымъ разумомъ и произошла помимо всякой энергіи мышленія; не слѣдуетъ даже и того, что она есть единственная норма, совмѣстимая съ данными условіями. Принадлежащія сюда нормы возникаютъ и измѣняются

подобно другимъ юридическимъ нормамъ.—Примѣры пояснятъ сказанное. Гай [97]) приписываетъ естественному разуму правило, по которому наносъ отъ рѣки принадлежитъ собственнику прибрежнаго, участка, и опредѣляетъ наносъ, какъ медленное, незамѣтное для глазъ приращеніе берега. Если сопоставить это опредѣленіе съ свидѣтельствомъ Флорентина [98]), который удостовѣряетъ, что ius alluvionis не имѣло приложенія относительно agri limitati, то будетъ основательно—въ невозможности услѣдить за постепеннымъ ростомъ наноса, усмотрѣть то практическое соображеніе, которое послужило мотивомъ къ правилу Гая. Правило о наносѣ, содержитъ въ себѣ измѣненіе общихъ правилъ о пріобрѣтеніи собственности и оправдывается своею практическою цѣлесообразностью, своимъ соотвѣтствіемъ фактическимъ обстоятельствамъ случая. Римскій юристъ отступилъ въ данномъ случаѣ отъ своего любимаго принципа, — принципа оккупаціи, побуждаемый къ тому «естественною» необходимостью. Но практическое значеніе фактическихъ обстоятельствъ можетъ пониматься различно, а вмѣстѣ съ тѣмъ измѣняется и содержаніе соотвѣтствующей нормы. Справедливо обставить право собственности такъ, чтобы предметы его не рисковали безъ необходимости слишкомъ быстрою потерей выгодъ, связанныхъ съ ними; сосѣдство поземельнаго участка съ рѣкою служитъ условіемъ многихъ выгодъ, которыя могутъ быть потеряны быстро при отсутствіи права alluvionis. Это соображеніе способствовало, конечно, тому расширенію права наноса, которое имѣетъ мѣсто въ современныхъ законодательствахъ, гдѣ обыкновенно не дѣлается различія между участками обмежеванными и необмежеванными. Такимъ образомъ ius alluvionis могло показаться римскимъ юристамъ естественнымъ, но въ исторіи, при существованіи однихъ и тѣхъ же фактическихъ обстоятельствъ, оно являлось въ различныхъ формахъ. Юристы не сразу и не всегда одинаковымъ образомъ сознавали мотивы,

---

97) *Gai.* II § 70, ср. *Dig.* 41. 1. fr. 7 § 1.

98) *Dig.* 41. 1 fr. 16; ср. *Puchta*, Cursus der Institutionen, § 242, notaz.—нѣкоторые, какъ, напр., *Ortolan*, Explication historique, II, § 379, думаютъ, что правило Флорентина относилось вообще къ участкамъ, имѣющимъ опредѣленныя точныя границы.

руководившіе ими, и подъ вліяніемъ личнаго взгляда на предметъ опредѣляли различно его практическое значеніе. Исторія права alluvionis внѣ Рима показываетъ кромѣ того, что самое образованіе его должно было иногда выдержать борьбу съ противодѣйствующими интересами. Такъ, ius alluvionis проникло во Францію благодаря авторитету римскаго права и было признано за владѣльцами только въ XVIII столѣтіи, а до того времени его признаніе встрѣчало упорное противодѣйствіе со стороны государственной казны. Объективно, внѣ воли человѣка существовалъ и существуетъ только тотъ фактъ, что рѣка дѣлаетъ наносы; юридическое отношеніе къ этому факту выработывалось юридическимъ мышленіемъ сообразно тому, какъ оно понимало его практическое значеніе. — Подобное же отношеніе между фактическимъ обстоятельствомъ и естественнымъ правоопредѣленіемъ, связаннымъ съ нимъ, существовало въ тѣхъ нормахъ римскаго права, которыя выражали ограниченія индивидуальнаго господства надъ вещами,—ограниченія, происходившія отъ естественнаго отношенія человѣка къ вещамъ. По Ульпіану, море составляетъ предметъ общаго пользованія въ силу своей природы [99]); естественнаго въ этомъ правилѣ только то, что море *не можетъ* быть предметомъ индивидуальнаго обладанія, и къ этой формѣ своего выраженія, т. е. къ формѣ простаго констатированія естественнаго факта, это правило было приближено въ институціяхъ [100]). Гай упоминаетъ о стѣнѣ зданія, составляющей по «естественному разуму» общую собственность двухъ сосѣдей [101]). Юристамъ, стоявшимъ на почвѣ такого права, каково римское, гдѣ индивидуальный принципъ обладанія имуществомъ былъ особенно развитъ, каждое уклоненіе отъ этого принципа должно было казаться исключеніемъ и нуждалось въ объясненіи гораздо болѣе, нежели самый основной принципъ. Природа предмета и естественный разумъ призывались въ приведенныхъ случаяхъ оправдать то уклоненіе, отъ нормальнаго принципа, которое содержалось въ нихъ. Ссылка

99) *Dig.* 8. 4. fr. 13 pr., и др.

100) *Inst.* 2. 1 § 1; cp. pr. extra nostrum patrimonium. См. выше, стр. 49 сл.

101) *Dig.* 8. 2 fr. 8.

па естественность убѣждала, что уклопеніе было сдѣлано вслѣдствіе обстоятельства, стоявшаго внѣ воли человѣка. Но положительная сторона юридическаго отношенія, которое должно было существовать въ данномъ случаѣ, не опредѣлялась непосредственно его естественными условіями; въ виду столкновеній, которыя могли произойти по поводу обладапія предметомъ, исключеннымъ изъ области частной собственности, право должно было опредѣлить точпымъ образомъ форму совмѣстнаго пользованія имъ. Только возможность столкновеній между отдѣльными лицами вызываетъ вообще на юридическое опредѣленіе. Земля состояла когда то въ общемъ владѣніи и пользованіи. Такое правовое состояніе обусловливалось, конечно, тѣмъ обстоятельствомъ, что при тогдашней степени умственнаго развитія человѣка, для него было фактически невозможно владѣть землею обособленно отъ другихъ; но, конечно также, на основаніи этого никто не скажетъ, что система общиннаго права опредѣлялась безъ дальнѣйшихъ разсужденій этимъ «естественнымъ» фактомъ. Потребовалось много труда, чтобы умиротворить всѣ столкновенія, которые возникали внутри общины, сообразно и «природѣ вещей», и интересамъ тяжущихся, и сложившемуся общественному порядку; и па каждомъ частномъ опредѣленіи общиннаго права отражалось умѣнье юриспруденціи приводить къ единству разнообразные интересы — способомъ, наиболѣе удобнымъ при каждомъ данномъ фактическомъ положеніи вещей. То же самое происходило и въ другихъ случаяхъ. Исторія общины отличается отъ исторіи морскаго права только своею обширностью и тѣмъ, что въ первомъ случаѣ измѣненія фактическаго отношенія происходили быстрѣе и въ большихъ размѣрахъ, нежели во второмъ. Но измѣненія были и здѣсь; и здѣсь представлялись также другіе интересы, съ которыми надо было считаться. Источники римскаго права сохранили намъ слѣды борьбы, относящейся сюда; такъ, мы имѣемъ разнорѣчія римскихъ юристовъ по вопросу о принадлежности морскихъ береговъ. Въ то время какъ большинство римскихъ юристовъ считало ихъ общимъ достояніемъ [102]), Цельзъ видѣлъ въ нихъ го-

[102]) *Dig.* 41. 1 fr. 14. pr ... nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi...

сударственную собственность [103]). Положительная сторона правоопредѣленій касательно такихъ «естественныхъ» предметовъ, каковы море, земля, не давалась сама собою.

Слѣдуетъ причислить еще нѣсколько случаевъ къ той категоріи правоопредѣленій, которыя мы теперь разсматриваемъ. Физическія условія не дозволяютъ раздѣлить по разнымъ рукамъ обладаніе поверхностью земли и остальными ея частями, и потому юридическая судьба суперфиціеса опредѣляется «по естественному праву» юридическимъ состояніемъ всего вообще поземельнаго участка [104]). Подобно этому собственнику земли принадлежитъ посѣянное и посаженное на ней другимъ лицомъ, что также приписывается естественному праву (л., стр. 620) [105]). —О сервитутѣ дороги утверждалось, что онъ по природѣ своей предполагаетъ такое пользованіе, которое происходитъ съ перерывами (л., стр. 135) [106]), и что отъ природы онъ недѣлимъ, вслѣдствіе чего нельзя выполнить по частямъ обязательства объ установленіи его [107]). Въ этихъ утвержденіяхъ можно видѣть съ нѣкоторымъ основаніемъ простое переложеніе юридическаго понятія сервитута; но вмѣстѣ съ тѣмъ въ нихъ, и въ особенности во второмъ утвержденіи, содержится намекъ на физическія условія сервитутнаго права, которыя даютъ ему именно такую, а не другую конструкцію.—Подобно этому о владѣніи говорится, что невозможно одновременное существованіе нѣсколькихъ правъ владѣнія на одинъ и тотъ же предметъ, ибо природѣ противно, чтобы одно лицо могло обладать физически вещью, которою обладаетъ другое [108]); но изъ приведенной тутъ же контраверзы явствуетъ, что это правило не далось юристу само собою, и что ему пришлось задуматься надъ согласованіемъ столь очевиднаго, повидимому, факта съ юридическими отношеніями, примыкавшими къ владѣнію (ср. л., стр. 566).—По поводу вопроса

---

103) *Dig.* 43. 8 fr. 3 pr. Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.

104) *Gai.* II § 73; *Dig.* 9. 2 fr. 50; *Dig.* 43. 18 fr. 2.

105) *Gai.* II §§ 74 и 75.

106) *Dig.* 33. 2 fr. 13.

107) *Dig.* 45. 1 fr. 2 § 1.

108) *Dig.* 41. 2 fr. 3 § 5.

о принадлежности островов, образовавшихся вновь въ рѣкѣ, замѣчается, что природа рѣки такова, что съ измѣненіемъ ея теченія измѣняется юридическое положеніе русла [109]). Естественное событіе создаетъ въ этомъ случаѣ новый фактъ, къ которому надо примѣниться; но какое именно правоотношеніе установится здѣсь, это не вытекаетъ непосредственно изъ факта. Римское право отдавало новый островъ въ частную собственность прибрежнымъ собственникамъ; другія права поступали иначе. — Какъ мы видимъ, во всѣхъ названныхъ случаяхъ естественный фактъ былъ обстоятельствомъ, съ которымъ надо было сообразоваться, но онъ не былъ только однимъ такимъ обстоятельствомъ; вмѣстѣ съ нимъ приходилось сообразоваться съ массой другихъ обстоятельствъ, и юридическая норма содержала въ себѣ не констатированіе какого нибудь одного или нѣсколькихъ изъ этихъ обстоятельствъ, а указаніе на образъ дѣйствій, котораго человѣкъ долженъ держаться, чтобы съ наибольшимъ удобствомъ для себя и другихъ жить среди нихъ. Но образъ дѣйствій надо найти.

Естественная классификація вещей.

§ 23. Чтобы вполнѣ выяснить основную мысль предшествующаго параграфа, не безполезно будетъ нижеслѣдующее отступленіе отъ римскаго права. Въ современной юридической литературѣ повторяется то же недоразумѣніе, которое заставило римскихъ юристовъ включить въ разрядъ естественнаго права опредѣленія, только что разсмотрѣнныя. Именно, юристы нашего времени дѣлятъ свойства вещей на естественныя и юридическія и въ связи съ этимъ различаютъ естественную и юридическую классификацію вещей. Такъ, дѣленіе вещей на недвижимыя и движимыя, потребляемыя и непотребляемыя, и многія другія считаются принадлежностями естественной классификаціи; дѣленія же, каковы римское: на res mancipi и res nec mancipi, или общее: на вещи единичныя и юридическія совокупности вещей (universitas rerum distantium, л., стр. 536), почитаются выраженіями классификаціи юридической.—Уже у римскихъ юристовъ есть намеки на такое различеніе. Институціи замѣчаютъ, напримѣръ, что предметомъ узуфрукта могутъ быть всѣ вещи за

---

109) *Dig.* 41. 1 fr. 30 § 2.

исключеніемъ тѣхъ, пользованіе которыми сопряжено съ быстрымъ уничтоженіемъ ихъ; эти послѣднія составляютъ исключеніе какъ по «естественному разуму», такъ и по цивильному праву [110]). Въ дигестахъ по поводу выполненія обязательствъ по стипуляціи замѣчается, что нѣкоторыя стипуляціи отъ природы выполнимы по частямъ (какъ обѣщаніе дать извѣстную сумму денегъ), нѣкоторыя отъ природы не допускаютъ своего дѣленія (обѣщаніе установить сервитутъ), нѣкоторыя же, хотя дѣлимы отъ природы, но потеряютъ свое значеніе, если къ нимъ приложится дѣленіе (напримѣръ, обѣщаніе дать раба) [111]). — Что касается до общаго догматическаго различенія между естественной и юридической классификацiей вещей, то оно объясняется только субъективными основаніями, изъ которыхъ одно имѣетъ практическое значеніе, а другое обусловлено теоретическимъ недоразумѣніемъ. Раздѣленіе вещей на mancipi и nec mancipi кажется въ наше время неестественнымъ потому, что оно давно отжило свой вѣкъ; напротивъ раздѣленіе вещей на недвижимыя и движимыя гармонируетъ съ современными юридическими интересами. Объ этомъ, чисто-историческомъ и, очевидно, субъективномъ мотивѣ естественности будетъ говориться ниже. Другой скрытый мотивъ могъ заключаться въ томъ, что на первый взглядъ естественная классификація вещей обусловлена по преимуществу различіями въ физическихъ отношеніяхъ человѣка, какъ таковаго, къ вещамъ; напротивъ въ юридической классификаціи преобладаетъ вліяніе отношеній людей въ качествѣ членовъ общества, или, другими словами, вліяніе гражданскихъ отношеній. Вещь остается движимою или недвижимою, потребляемою или непотребляемою, помимо гражданскихъ отношеній; совокупность же отдѣльныхъ вещей, разсматриваемая какъ юридическое цѣлое (напримѣръ: стадо, библіотека), есть понятіе, обусловленное извѣстными нуждами гражданскаго оборота. Человѣкъ не можетъ сдвинуть поземельнаго участка, питаться хлѣбомъ, не уничтожая его и т. п.; онъ можетъ, напротивъ, продавать или закладывать стадо поштучно, но не счи-

---

110) *Inst.* 2. 4 § 2; ср. *Dig.* 7. 5 fr. 2 § 1.
111) *Dig.* 45. 1 fr. 2 § 1.

таетъ этого удобнымъ въ виду своихъ гражданскихъ интересовъ. Такое различіе имѣетъ, повидимому, объективный характеръ. Но ближайшій анализъ покажетъ намъ противное.

Спрашивается, почему стадо или погребъ вина закладывается или страхуется обыкновенно какъ universitas, а не какъ сумма извѣстнаго числа единичныхъ предметовъ; другими словами, почему предпочитаютъ состоять по стаду и по погребу въ одномъ залоговомъ отношеніи, а не въ столькихъ, сколько головъ въ стадѣ или бутылокъ въ погребѣ? Отвѣтъ получается при сличеніи практическихъ послѣдствій того и другаго порядка. Если каждая голова скота или каждая бутылка вина были бы заложены особенно, то кредитору и должнику пришлось бы, во первыхъ, обратить особенное вниманіе на различеніе отдѣльныхъ головъ и бутылокъ, чтобы не перемѣшать ихъ, и, во вторыхъ, совершать безпрестанно нескончаемое число гражданскихъ актовъ для того только, чтобы сдѣлать возможнымъ какое нибудь дальнѣйшее экономическое употребленіе изъ заложенныхъ предметовъ. То и другое стоило бы неимовѣрныхъ усилій, которыя лишили бы всякой цѣны самый актъ залога: и такъ какъ человѣкъ не въ силахъ обойти легко означенныхъ препятствій, сохраняя индивидуальную форму залога, такъ что легко осуществимый залогъ въ этой формѣ невозможенъ физически, а трудный никому не нуженъ, то мы вправѣ будемъ сказать, что въ силу «естественныхъ» условій обыкновенная форма залога, страхованія и т. п. неприложимы къ стаду, погребу и т. п. Форма universitas rerum устраняетъ всѣ затрудненія. При ней хозяинъ стада и погреба можетъ свободно измѣнять ихъ поштучный составъ, напримѣръ ради продолженія торговли, и обязанъ только наблюдать, чтобы не уменьшалась общая стоимость заложенной совокупности. Въ свою очередь, кредиторъ въ случаѣ неисправности должника указываетъ, какъ на предметъ своего права, не на опредѣленную штуку скота или бутылку вина, а вообще на все стадо или весь погребъ. Изъ сказаннаго видно, что въ случаѣ universitas rerum естественное отношеніе человѣка къ вещи, состоящее въ томъ, что человѣкъ не въ состояніи обращаться со множествомъ вещей съ тою легкостью, которая допущена природою относительно его обращенія съ отдѣль-

ными вещами,—это естественное отношеніе есть фактическое условіе непримѣнимости одной юридической формы и примѣнимости другой.

Но точно такую и притомъ только такую роль играетъ естественное отношеніе и въ тѣхъ случаяхъ дѣленія вещей, которые въ догмѣ отличаются отъ другихъ названіемъ естественныхъ. Каждую вещь можно отдавать другому съ обязательствомъ его возвратить взамѣнъ полученнаго другую подобную вещь; но только непотребляемыя вещи могутъ быть отданы въ чужое пользованіе такъ, чтобы получить обратно ту же вещь. Не въ силахъ человѣка пользоваться потребляемою вещью, не подвергая ея быстрому уничтоженію,—и это обстоятельство опредѣляетъ предѣлъ приложимости второй изъ названныхъ формъ одолженія вещами (ссуды, найма).—Не въ силахъ вообще человѣка, если тому не способствуютъ какія-либо особыя обстоятельства, отличать каждое зерно, крупинку, песчинку, каплю, кирпичъ, монету и т. п., и онъ считаетъ эти вещи не индивидуально, а вѣсомъ, числомъ, мѣрой. Это обстоятельство указываетъ предѣлъ приложимости опредѣленій, разсчитанныхъ на предметы индивидуальные.—Не въ силахъ человѣка раздѣлить статую, картину и т. п. на части такъ, чтобы по раздѣленіи вещь доставляла прежнія выгоды, и потому объявляютъ эти вещи нераздѣльными. — Невозможно по произволу заставлять недвижимости мѣнять ихъ мѣста, а потому невозможно ихъ скрыть отъ другихъ, какъ скрываютъ движимости, и нѣтъ нужды при судебномъ процессѣ и при залогѣ принимать мѣры къ обезпеченію противъ утайки недвижимости, и т. д.

Но, можетъ быть, кромѣ отрицательнаго значенія названныя свойства вещей обладаютъ еще значеніемъ положительнымъ, такъ какъ, ограничивая приложимость одного института, они вмѣстѣ съ тѣмъ вызываютъ образованіе другаго института, сообразованнаго съ ними? Съ этой точки зрѣнія существуютъ одни институты для движимыхъ, другіе для недвижимыхъ вещей; во всякомъ случаѣ квалификація этихъ свойствъ въ исключительно-положительномъ или отрицательномъ смыслѣ должна имѣть произвольный характеръ.—Допуская этотъ взглядъ, слѣдуетъ замѣтить однако, что и при положительномъ отношеніи

къ юридическимъ нормамъ значеніе естественныхъ свойствъ вещей не выходитъ за вышеуказанныя границы, т. е. свойство вещи играетъ роль одного изъ фактическихъ условій, съ которыми долженъ сообразоваться юристъ, формулируя норму. Естественное отношеніе, какъ таковое, не интересуетъ юриста; существованія одного естественнаго отношенія человѣка къ вещи недостаточно для того, чтобы оно получило юридическое значеніе. Юридическое значеніе есть значеніе для гражданскаго оборота; для возникновенія его, слѣдовательно, необходимо, чтобы кромѣ свойства вещи были въ наличности условія гражданскаго оборота, способныя ввести эти свойства вещи въ связь съ гражданскими интересами. Естественное различіе должно быть замѣчено человѣкомъ, а для этого необходимо, чтобы оно такъ или иначе отозвалось на гражданскихъ отношеніяхъ, откуда, въ свою очередь, вытекаетъ требованіе, чтобы существовали пригодныя для того отношенія. Пока люди не дойдутъ до убѣжденія въ необходимости правильныхъ дѣлежей, обмѣна, одолженій, правильнаго суда и т. д., до тѣхъ поръ не возникнетъ идеи о вещахъ дѣлимыхъ и недѣлимыхъ, опредѣляемыхъ мѣрою и индивидуальныхъ, о различіи ссуды и займа, о различныхъ способахъ судебнаго охраненія спорной вещи и т. п. Слѣдуетъ полагать даже, что при появленіи какого-либо института, имѣющаго отношеніе къ вещамъ, не сейчасъ замѣчается вліяніе, которое должны имѣть на конструкцію этого института естественныя свойства вещей; иначе говоря, юристъ не сразу приноравливаетъ свои понятія къ различію вещей. Залоговое право существовало въ Римѣ задолго передъ тѣмъ, какъ узнали, что кромѣ формы pignus возможна еще гипотека, если не исключительно, то съ особенными удобствами примѣнимая только къ недвижимостямъ; древне-римское право считало недвижимости предметомъ воровства (furtum) наравнѣ съ движимостями; до сихъ поръ обыденное воззрѣніе не различаетъ строго между ссудой и займомъ, и т. п. То обстоятельство, что въ различное время и при различномъ состояніи гражданскаго оборота юридическое значеніе одного и того же свойства вещи опредѣляется различно, свидѣтельствуетъ во всякомъ случаѣ о томъ, что правоопредѣленіе не рождается непосредственно изъ факта

существованія свойства. Въ Римѣ различіе недвижимостей и движимостей отражалось на срокахъ давности (л., стр. 539); въ русскомъ правѣ срокъ давности для всѣхъ вещей полагается одинаковый. Въ Римѣ вліяніе помянутаго различія ограничивалось немногими случаями; оно вліяло на разрѣшеніе вопроса о владѣніи при интердиктахъ (до Юстиніана, л., стр. 555 сл.), на способъ охраны вещи во время судебнаго спора [112]), на разрѣшеніе вопроса о мѣстѣ реституціи вещи при rei vindicatio [113]) и на другіе тому подобные мелкіе вопросы [114]). Какъ на наиболѣе крупное проявленіе особенностей недвижимостей слѣдуетъ указать на группу правоопредѣленій, регулировавшихъ сосѣдскія отношенія и составлявшихъ, въ сравненіи съ новымъ правомъ, какъ бы первый зародышъ сосѣдскаго права. Несравненно бо̀льшихъ размѣровъ достигла та же классификація въ европейскомъ правѣ, сначала подъ вліяніемъ особыхъ политическихъ и экономическихъ отношеній, имѣвшихъ мѣсто въ феодальный періодъ, а затѣмъ подъ вліяніемъ постояннаго расширенія и усложненія гражданскаго оборота и увеличенія быстроты его. Въ средніе вѣка противоположность недвижимости и движимости проходитъ красною нитью чрезъ все право. Въ современномъ намъ гражданскомъ правѣ слѣдуетъ припомнить о широкомъ развитіи сосѣдскаго права, о гипотечномъ правѣ и о вопросѣ о предѣлахъ виндикаціи относительно движимостей (л., примѣч. 867),—вопросѣ, въ настоящее время только вступившемъ въ фазу полнаго развитія. Какъ ни ясенъ тотъ «естественный» фактъ, что виндикаціи движимостей нельзя давать при современномъ положеніи вещей такого простора, какой отводится виндикаціи недвижимостей, однако точное опредѣленіе того, при какихъ условіяхъ и въ какихъ именно размѣрахъ должно послѣдовать ограниченіе виндикаціи, представляется и спорнымъ, и не легкимъ. Этотъ споръ, который мы переживаемъ сами, долженъ служить намъ образцомъ тѣхъ споровъ, сомнѣній, колебаній и испытаній, чрезъ которыя проходило

112) *Dig.* 2. 8 fr. 15. pr.
113) *Dig.* 6. 1 fr. 10.
114) См., напр., *Dig.* fr. 8 in f.

когда-то каждое правоопредѣленіе о различіи вещей, въ настоящее время точное и крѣпкое, а потому «естественное».

Еще одно обстоятельство заслуживаетъ вниманія. На способѣ юридическаго построенія классификаціи вещей отражается въ значительной степени характеръ всего правосозерцанія. Такъ, въ классификаціяхъ ранняго историческаго происхожденія выражается стремленіе къ общему и абсолютному значенію ихъ. Дѣленіе вещей на mancipi и nec mancipi было дѣленіемъ, которое имѣло значеніе почти для всѣхъ юридическихъ отношеній, касавшихся вещей (л., стр. 54 сл., 104). Подобный же характеръ имѣло дѣленіе вещей на недвижимыя и движимыя въ старомъ европейскомъ правѣ, такъ что относительно него принципіальное дѣленіе всего гражданскаго права на право недвижимости и право движимости представляется наиболѣе раціональнымъ. Напротивъ въ новое время выступаютъ классификаціи, практическое значеніе которыхъ ограничивается извѣстною, опредѣленною сферою правоотношеній. Кромѣ того въ этой сферѣ ихъ значеніе не абсолютно. Въ извѣстныхъ предѣлахъ, нерѣдко очень широкихъ, на усмотрѣніе частныхъ лицъ оставляется способъ примѣненія классификаціи. Въ такихъ случаяхъ классификація не раздѣляетъ вещей на двѣ группы, а только указываетъ двѣ формы юридическаго положенія, одинаково примѣнимыя къ однимъ и тѣмъ же вещамъ. Такъ, отъ усмотрѣнія торговца зависитъ заложить свой магазинъ какъ universitas, или какъ совокупность единичныхъ предметовъ; отъ усмотрѣнія покупателя и продавца—совершить куплю-продажу на извѣстный товаръ, какъ на genus, или какъ на species; отъ усмотрѣнія залогодержателя и залогопринимателя—заложить извѣстный предметъ (напр., судно по норвежскому праву) какъ движимость, или недвижимость, или вообще трактовать вещь по одной изъ этихъ рубрикъ, и т. п. Выбирая для юридическаго положенія вещи одну изъ указанныхъ формъ, лица подчиняются тѣмъ самымъ и соотвѣтствующимъ послѣдствіямъ. Возможность выбора и необходимость такого порядка въ развитомъ гражданскомъ быту свидѣтельствуютъ о томъ, что свойство вещи не опредѣляетъ само собою ея юридической участи, и что центръ тяжести при регулированіи послѣдней заключается

въ гражданскихъ интересахъ, связанныхъ съ вещью. Въ древнемъ правѣ, при относительно меньшей индивидуализаціи потребностей, неподвижныя рамки не представляли особыхъ неудобствъ; но въ позднѣйшемъ правѣ только при подвижныхъ рамкахъ возможно достичь съ успѣхомъ основной цѣли классификаціи вещей.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что раздѣленіе вещей, обусловленное въ той или другой степени физическимъ отношеніемъ человѣка къ вещи, не можетъ быть отнесено къ ius naturale въ римскомъ смыслѣ этого понятія.

Пятый мотивъ: вліяніе человѣческой природы.

§ 24. Сообразуясь при постановленіи юридическихъ опредѣленій съ условіями внѣшняго міра, законодатель принужденъ сообразоваться также съ условіями, заключенными въ человѣческой природѣ, которыя заранѣе опредѣляютъ собою предѣлы примѣнимости юридическаго опредѣленія. Вмѣстѣ съ тѣмъ эти условія играютъ въ процессѣ образованія права и положительную роль. Сущность и назначеніе всего права заключается въ наилучшемъ согласованіи, посредствомъ вліянія на волю отдѣльныхъ лицъ, ихъ инстинктовъ, стремленій и свойствъ,—въ приведеніи ихъ выраженій въ такую форму и порядокъ, которые наиболѣе способствовали бы прогрессу. Право не можетъ идти въ разрѣзъ съ человѣческою природою; оно не передѣлываетъ ея въ рѣзкомъ значеніи этого понятія, но воспитываетъ ее. Въ силу этого между всѣми правоопредѣленіями съ одной стороны и свойствами человѣка съ другой существуетъ причинное соотношеніе, болѣе или менѣе простое или сложное, и относительно всѣхъ правоопредѣленій помянутыя свойства составляютъ фактическое условіе ихъ историческаго образованія. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ эта связь выступаетъ почему-либо яснѣе, нагляднѣе. При слабомъ развитіи критическаго дара эти случаи выдѣляются юристами изъ среды прочихъ и трактуются какъ нѣчто особенное. Субъективное впечатлѣніе объективируется, и происхожденіе выдѣленныхъ случаевъ представляется въ особенномъ свѣтѣ. Римскіе юристы именно впали въ эту ошибку; они причислили сказанные случаи къ ius naturale. Но на самомъ дѣлѣ естественными, въ римскомъ смыслѣ, здѣсь были не правоопредѣленія, а свойства человѣческой природы, ихъ

обусловившія. Правоопредѣленія же составляли, какъ и въ другихъ случаяхъ, продуктъ исторической работы.

Римскіе юристы приписываютъ «природѣ» правила, по которымъ обязательства, припятыя на себя сумасшедшимъ или малолѣтнимъ, признаются недѣйствительными [115]), и замѣчаютъ, что съ естественнымъ разумомъ согласуется, чтобы лицо, не достигшее совершеннолѣтія, находилось бы подъ руководствомъ опеки [116]). «Естественное» заключалось въ этихъ случаяхъ въ томъ, что сумасшедшіе и малолѣтніе неспособны по своимъ душевнымъ качествамъ соблюдать такой образъ дѣйствій, на который разсчитанъ нормальный типъ правоопредѣленій, и поэтому безъ большаго вреда себѣ и другимъ не могутъ оставаться подъ дѣйствіемъ общихъ юридическихъ нормъ. Естественное превосходство взрослыхъ и разумныхъ надъ малолѣтними и неразумными указывало далѣе, что первые умѣютъ установить надъ дѣйствіями послѣднихъ надлежащій контроль; но изъ этого не вытекали сами собою никакія дальнѣйшія правила для правопорядка, который слѣдовало бы учредить относительно лицъ недѣеспособныхъ. Открывался полный просторъ между состояніемъ полнаго безправія ихъ и наиболѣе обезпеченнымъ юридическимъ положеніемъ, и историческое развитіе института опеки показываетъ, что вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ согласовать особенности естественнаго положенія лицъ недѣеспособныхъ съ интересами гражданскаго оборота, прошелъ въ своемъ разрѣшеніи не одну фазу, при чемъ правоположеніе этихъ лицъ опредѣлялось каждый разъ сообразно степени умственнаго и нравственнаго развитія юриспруденціи и всего общества [117]).

Къ естественному праву причислялись римскими юристами вообще всѣ институты, обусловленные въ явственной формѣ основными инстинктами человѣческой природы. Такъ, сюда принадлежатъ брачный союзъ, рожденіе и воспитаніе дѣтей,—по-

---

115) *Dig.* 44. 7 fr. 1 §§ 12, 13, ср. *Dig.* 12. 6 fr. 41.

116) *Gai.* I § 189; *Inst.* 1. 20 § 6.

117) Говоря о конкретной формѣ института опеки, римскій юристъ прямо приписываетъ ее цивильному праву, см. *Dig.* 26. 1 fr. 1 pr.: Tutela est vis ac potestas... iure civili data ac permissa.

слѣдствія половаго инстинкта [118]); право самозащиты,—результатъ инстинкта самосохраненія [119]); или, напримѣръ, болѣе частное правило, санкціонирующее взаимныя старанія договаривающихся сторонъ заключить сдѣлку по возможности выгоднѣе для себя и, слѣдовательно, въ ущербъ противной сторонѣ,—послѣдствіе эгоизма, присущаго человѣку [120]). Въ этихъ случаяхъ «естественное» заключается въ названныхъ инстинктахъ и въ необходимости ихъ удовлетворенія. Но юридическая форма удовлетворенія ихъ составляетъ продуктъ историческаго развитія и постоянно измѣняется. Съ точки зрѣнія права вопросъ сводится не на существованіе самихъ инстинктовъ—они составляютъ неопровержимый и неизбѣжный фактъ, а на то, какое направленіе и какую форму ихъ выраженія надо поощрять и какимъ формамъ препятствовать въ видахъ основныхъ цѣлей общежитія; и мы видимъ, напримѣръ, что, какъ ни естественъ брачный союзъ, въ качествѣ правоваго института, онъ является въ исторіи въ постоянномъ движеніи, обнаруживающемъ рядъ потраченныхъ на него усилій мысли и дѣла. Распространеніе естественнаго права на животныхъ, встрѣчающееся по поводу брачнаго союза [121]), указываетъ, что вовсе не юридическая сторона предмета натолкнула въ данномъ случаѣ мысль юриста на идею естественнаго права.

Запрещеніе брака въ близкихъ ступеняхъ точно такъ же какъ и самый бракъ составляетъ результатъ долгаго историче-

---

118) *Dig.* 1. 1 fr. 1 § 3. Въ этомъ мѣстѣ Ульпіанъ распространяетъ дѣйствіе ius naturale на животныхъ. Отличіе Ульпіановскаго воззрѣнія отъ воззрѣній другихъ юристовъ, интересное въ видахъ возстановленія взглядовъ римской юриспруденціи (ср. *Voigt*, I, стр. 286—294; *Hildebrand*, стр. 606 сл.; *Боголѣповъ*, стр. 107 сл., 231 сл.), не имѣетъ существеннаго значенія для настоящаго изслѣдованія, такъ какъ касается области распространенія, а не природы естественнаго права. Ср. *Voigt*, стр. 294—296.

119) *Dig.* 1. 1 fr. 3; *Dig.* 9. 2 fr. 4; *Dig.* 43. 16 fr. 1 § 27.

120) *Dig.* 19. 2 fr. 22 § 3, fr. 23. Ср. еще случай, однородный съ приведенными: *Cod.* 5. 13 1. 1 § 5 c: Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.

121) См. выше, прим. 118.

скаго процесса; между тѣмъ бракъ, совершенный съ нарушеніемъ этого запрещенія, называется противоестественнымъ [122]),— терминологія, удержавшаяся еще въ современномъ юридическомъ языкѣ. Далѣе различіе въ наслѣдственныхъ правахъ мужчины и женщины составляетъ одно изъ наиболѣе распространенныхъ историческихъ явленій; между тѣмъ равенство ихъ правъ объявляется, въ противоположность иному порядку, природнымъ институтомъ, потому что та же природа создала и мужчинъ и женщинъ [123]). Въ противность древнему праву императорское право допускало переходъ на наслѣдника обязательствъ in faciendo, потому что «природа» всѣхъ людей почти одинакова и, слѣдовательно, наслѣдникъ можетъ исполнить обѣщанное наслѣдодателемъ [124]). Когда названныя свойства природы человѣка сознаны и поняты такимъ образомъ, тогда, конечно, изъ нихъ вытекаетъ по «естественному» разуму соотвѣтствующій правопорядокъ; но для того, чтобы самое пониманіе было возможно, необходимо извѣстное умственное, нравственное и гражданское развитіе.

Далѣе, по мнѣнію одного римскаго юриста, природою вещей установлено, что существуетъ болѣе различныхъ видовъ юридическихъ сдѣлокъ, нежели ихъ названій (л., стр. 520) [125]). Подъ природой вещей должно разумѣть въ настоящемъ случаѣ неспособность юридическаго мышленія услѣдить вполнѣ за гражданскимъ оборотомъ. Означенная неспособность примиряется съ потребностями оборота посредствомъ созданія общихъ формъ иска: a praescriptis verbis и a. in factum. — По словамъ того же юриста, законъ природы таковъ, что незаконнорожденный слѣдуетъ въ своемъ юридическомъ состояніи состоянію матери, буде спеціальный законъ не постановляетъ иначе (л., стр. 457 сл.) [126]). Это послѣднее указаніе свидѣтельствуетъ, что «естественная» норма сама по себѣ не абсолютна. Подъ закономъ природы понимается здѣсь вліяніе естественной невозможности

---

[122]) *Nov.* 12, c. 1.
[123]) *Cod.* 6. 58 l. 11 pr.
[124]) *Cod.* 8. 38 l. 13.
[125]) *Dig.* 19. 5 fr. 4.
[126]) *Dig.* 1. 5 fr. 24.

(въ громадномъ большинствѣ случаевъ) точнаго опредѣленія личности родителя незаконнорожденныхъ дѣтей; но положительная сторона приведеннаго правила содержитъ въ себѣ только болѣе или менѣе удобный выходъ изъ затрудненія, — можетъ быть, выходъ весьма доступный, но не абсолютно-необходимый и потому не «естественный».—По природѣ вещей и естественному разуму объявляется невыполнимымъ доказываніе справедливости отрицанія какого либо юридическаго факта [127]). Это правило констатируетъ невозможность доказать юридическимъ путемъ не-существованіе чего либо; но система доказательствъ, имѣвшая мѣсто въ древнѣйшихъ правахъ, когда голословное обвиненіе со стороны истца принуждало отвѣтчика очищаться отъ взводимаго на него обвиненія, [128]) свидѣтельствуетъ, что вышеприведенное правило вовсе не принадлежитъ къ «естественному» достоянію человѣчества. — Приведенныя правила относятся, первое и третье вполнѣ, а второе отчасти къ тому, что составляетъ въ области гражданскаго права техническій элементъ его и отличается наибольшею сложностью развитія.— Къ техническому же элементу относится другое правило, по которому въ случаѣ спора о вещи положеніе владѣльца представляется болѣе выгоднымъ, нежели положеніе невладѣльца (л., стр. 548). Одновременное отнесеніе этого постановленія какъ на счетъ естественнаго, такъ и на счетъ цивильнаго разума [128]), выдаетъ всю двойственность отношенія, выказаннаго къ нему со стороны юриста, который, несмотря на всю устойчивость названнаго правила, все таки не могъ не замѣтить, что оно есть продуктъ нѣкоторой умственной работы.

Слѣдуетъ окончить этотъ параграфъ воспоминаніемъ о положеніи, которое справедливо почитается за одно изъ лучшихъ украшеній въ вѣнцѣ славы римской юриспруденціи, но входило въ составъ не столько дѣйствующаго, сколько идеальнаго права. Съ точки зрѣнія естественнаго права, римскіе юристы считали

---

[127]) *Cod.* 4. 19 l. 23; *Cod.* 4. 30 l. 10.

[128]) См., напр., *Мэнъ*, Древнѣйшая исторія учрежденій, рус. пер. 1876 г., стр. 216 сл.

[129]) *Inst.* 4. 15 § 4: et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat.

всѣхъ людей равными и отвергали рабство, какъ противоестественное учрежденіе (л., стр. 445) [130]. Подъ вліяніемъ умственнаго и нравственнаго склада передовыхъ личностей римской юриспруденціи въ ея міросозерцаніи сложилось извѣстное понятіе о minimum'ѣ условій, безъ которыхъ казалось невозможнымъ и самое представленіе о человѣческой личности, и которыя потому не могутъ быть уничтожены никакимъ правомъ [131]. Означенное понятіе отталкивало юриспруденцію отъ сочувствія къ рабству и заставляло ее говорить объ «естественныхъ» правахъ человѣка, какъ говорятъ о нихъ въ наше время по поводу уничтоженія сословной зависимости, или при опредѣленіи юридическаго положенія лицъ, лишенныхъ по судебному приговору всѣхъ правъ состоянія. Но, конечно, нѣтъ нужды доказывать того, что въ исторіи эти «естественныя права» были плодомъ наиболѣе тяжелой работы и ожесточенной борьбы, такъ что, если бы измѣрять ихъ мѣркою, установленною для естественности въ римской юриспруденціи, то пришлось бы, можетъ быть, счесть ихъ наиболѣе неестественными.

Шестой мотивъ: логическая очевидность.

§ 25. Наконецъ надо указать еще на одинъ мотивъ; его пониманіе не представитъ затрудненій. Ту или другую норму юристъ называлъ естественною, потому что съ логическою очевидностью она выводилась изъ другихъ, болѣе общихъ положеній. Такъ, слѣдуя римскому юристу, нельзя имѣть юридическаго владѣнія вещами чрезъ посредство свободнаго лица, захваченнаго насильно, потому что «природа» вещей не допускаетъ, чтобы можно было владѣть чрезъ посредство такихъ лицъ,

---

130) См. *Voigt*, I, примѣч. 444 и 469; IV, стр. 4—22, 48—52; *Богољпов*ъ, стр. 248—252.

131) Ср., напр.: sed cum natura (servorum et liberorum) communis est, въ *Dig.* 48. 2 fr. 12 § 4.—Представленіе объ означенномъ minimum'ѣ примѣняется и къ другимъ случаямъ; изъ него вытекаетъ, напр., сохраненіе „естественныхъ" правъ послѣ capitis deminutio; см., напр., iura quae rerum natura tribuerentur, въ *Dig.* 48. 22 fr. 3; civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest у *Gai.* I § 158 и др. — Въ *Dig.* 38. 10 fr. 4 § 11 находимъ противорѣчащее сужденіе Модестина.— Другіе примѣры примѣненія того же представленія о личности къ разрѣшенію отдѣльныхъ вопросовъ см. въ *Dig.* fr. 28 § 1; *Cod.* 7. 24 1. 1 pr.; *Nov.* 89, c. 1 pr., 9 pr. и др.

которыя сами не состоятъ въ юридическомъ владѣніи (ср. л., стр. 564) [132]). Отецъ не можетъ предъявить къ сыну искъ о воровствѣ; препятстіе къ тому заключается въ природѣ самаго предмета, потому что съ лицами, которыя состоятъ подъ нашею властью, мы не можемъ судиться, точно такъ же какъ и съ самими собою [133]). Въ первомъ случаѣ «естественное» правило составляетъ логическое развитіе понятій владѣнія и пріобрѣтенія чрезъ подчиненныхъ лицъ; во второмъ—то же развитіе общаго понятія юридическаго положенія подчиненныхъ лицъ (potestas). Выводъ сознается, какъ нѣчто очевидное, и ссылка на природу вещей содержитъ въ себѣ указаніе на его логическую очевидность. Правило естественно въ смыслѣ очевиднаго съ логической точки зрѣнія. Но тѣмъ не менѣе оно есть продуктъ исторіи, потому что выводится путемъ логическаго согласованія такихъ учрежденій, которыя сами, несомнѣнно, произошли исторически. Кромѣ того, будучи *выводомъ*, оно, какъ таковой, есть продуктъ психической дѣятельности, хотя, можетъ быть, слабой и мало-замѣтной.—То же надо сказать по поводу другихъ случаевъ, подобныхъ приведенному. Руководясь господствующими понятіями о юридическомъ существѣ права собственности, которое, въ качествѣ наиболѣе абсолютнаго права, не должно (по возможности) преклоняться ни предъ какими произвольными нарушеніями его, сабиніанцы приписывали естественному разуму то рѣшеніе вопроса о послѣдствіяхъ спецификаціи, которое оставляло передѣланную вещь за собственникомъ матеріала (л., стр. 477) [134]). Но, конечно, этотъ исходъ далеко не былъ дѣйствительно «естественный», и тамъ, гдѣ интересъ труда пользуется бо̀льшимъ почетомъ, чѣмъ онъ пользовался въ Римѣ, съ не меньшею готовностью сочли бы естественнымъ совершенно противоположное разрѣшеніе того же вопроса. Неопредѣленность, съ которою Гай выразился [135]) объ естественности сабиніанскаго рѣшенія, въ связи съ индеферентностью, которую онъ выказалъ относительно обоихъ спо-

[132]) *Dig.* 41. 2 fr. 23 § 2.
[133]) *Dig.* 47. 2 fr. 16.
[134]) *Dig.* 41. 1. fr. 7 § 7.
[135]) *Gai.* II § 79.

собовъ разрѣшенія этого вопроса, даетъ основаніе думать, что уже онъ былъ склоненъ признать оба отвѣта одинаково естественными. Юстиніанъ удовлетворился, какъ мы знаемъ (л., стр. 477), среднимъ отвѣтомъ [136]); новыя законодательства предпочитали нерѣдко идти противъ «естественнаго» разрѣшенія сабиніанцевъ и давали, по возможности, защиту интересамъ труда. Такъ, французскій кодексъ [137]) предоставляетъ передѣланную вещь специфіенту, когда стоимость его труда превышаетъ значительно цѣнность матеріала, и, подобно римскимъ юристамъ, приписываетъ свое правило естественной справедливости [138]). То же постановленіе встрѣчаемъ въ прусскомъ [139]) и итальянскомъ [140]) кодексахъ. Въ правилѣ сабиніанцевъ, приписанномъ ими естественному разуму, не было ничего необходимаго. Оно было результатомъ формальнаго отношенія къ предмету, затронутому въ немъ,—отношенія, которое гармонировало съ экономическимъ строемъ времени.—Изъ элементарныхъ началъ справедливости, изъ которыхъ одно высказано въ предложеніи: отъ природы справедливо, чтобы никто не обогащался отъ ущерба, понесеннаго другимъ [141]), слѣдовало, что за издержки, сдѣланныя для пріобрѣтенія помѣщенія и сохраненія вещей, долженъ быть вознагражденъ каждый владѣлецъ вещи, даже разбойникъ (л., стр. 510 сл.) [142]), и что издержки на содержаніе животнаго, отданнаго въ пользованіе (usus), должны падать на пользующагося (ср. л., стр. 290) [143]). Изъ понятія оправѣ собственности слѣдовало, что вещь, отданная въ прекарное владѣніе, всегда можетъ быть отобрана собственникомъ ея [144]); изъ того же понятія выводили, что собственность на дерево продолжается

---

136) *Inst.* 2. 1 § 225.
137) Ст. 570 и 571.
138) Ср. ст. 565.
139) Ст. 304; Ср. *Dernburg*, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, I, § 235.
140) Ст. 470.
141) *Dig.* 12. 6 fr. 14.
142) *Dig.* 5. 3 fr. 36 § 5.
143) *Dig.* 13. 6. fr. 18 § 2; *Dig.* 7. 1 fr. 45.
144) *Dig.* 43. 26 fr. 2 § 2.

и послѣ того, какъ оно срублено [145]); изъ понятія о корреальномъ обязательствѣ, — что судебное погашеніе (чрезъ litis contestatio) юридическаго отношенія кредитора къ одному изъ должниковъ освобождаетъ всѣхъ другихъ (л., стр. 204) [146]). Всѣ эти выводы приписывались естественной справедливости, или естественному разуму, но ихъ естественность заключалась только въ ихъ логической очевидности. По общему правилу, юридическое состояніе законнорожденныхъ опредѣлялось по условіямъ, существовавшимъ въ моментъ ихъ зачатія, а состояніе незаконнорожденныхъ по условіямъ момента рожденія. Отсюда въ силу «естественнаго» разума слѣдовало, что женщина, зачавшая въ состояніи рабства и родившая въ состояніи свободы, родитъ свободнаго (л., стр. 458) [147]). Изъ понятія о юридической сущности соглашенія (consensus) вытекало по «естественному разуму», что соглашаться (consentire) могутъ всѣ лица [148]). Историческое понятіе consensus, какъ источника правоотношеній, и возникло ради того, чтобы дать всѣмъ лицамъ возможность вступать въ правоотношенія. Но въ представленіи юриста consensus сдѣлался уже предметомъ самостоятельнаго понятія, изъ котораго онъ выводилъ, въ качествѣ логическаго послѣдствія, то, что составляло практическое назначеніе самаго по-

---

145) *Dig.* 17. 2 fr. 83.

146) *Dig.* 46. 1 fr. 5. (?). Вопросительный знакъ поставленъ здѣсь потому, что ссылка: quia natura obligationum duarum etc., употребленная въ цитованномъ мѣстѣ, имѣетъ характеръ сколько квалификаціи даннаго вывода въ качествѣ естественнаго, столько же простаго указанія на понятіе о корреальномъ обязательствѣ. Послѣднее значеніе принадлежитъ предыдущему §.—Подобное же неопредѣленное значеніе имѣютъ часто ссылки на actionis natura, примѣры коихъ приведены выше въ примѣч. 19. Такое же значеніе могутъ имѣть также ссылки на ipsius rei natura, какъ, напримѣръ, въ *Dig.* 45. 1 fr. 115 § 2. Большая часть ссылокъ Вангерова на Natur der Sache, собранныхъ *Leist'омъ*, Naturalis ratio und Natur der Sache, 1860, стр. 50—59, въ образецъ сужденій современныхъ юристовъ по природѣ вещей и естественному разуму, имѣетъ то же значеніе. Другіе образцы сужденій Вангерова подводятся также подъ рубрики предшествующаго § и только немногіе—подъ рубрики, разсмотрѣнныя выше.

147) *Gai.* I § 89; ср. *Ulp.* V. § 10 и *Dig.* 50. 1 fr. 9.

148) *Gai.* III § 154. Мѣсто испорчено.

нятія.—Логическая естественность сопровождается обыкновенно практическою пригодностью; но она можетъ и не гармонировать съ послѣднею и превышать ее. Въ такомъ случаѣ логически-естественныя правила терпятъ на практикѣ ограниченія. Примѣръ въ этомъ родѣ, относящійся къ частному случаю, но весьма характеристичный, представляетъ одно изъ разсужденій Трифонина. Если мы приняли на сохраненіе сумму денегъ отъ лица, которое приговорено въ ссылку, и имущество котораго конфисковано въ пользу государственной казны, то, спрашивается, кому мы обязаны возвратить принятое, — ссыльному, или казнѣ? По мнѣнію Трифонина, здѣсь представляется перспектива двухъ исходовъ. Вопервыхъ, основываясь только на естественномъ и общенародномъ правѣ, т. е. поступая согласно съ высшею справедливостью, примѣненіе которой требуется здѣсь, такъ какъ поклажа есть договоръ bonae fidei, приходится отдать деньги, принятыя на сохраненіе, лицу, отдавшему ихъ. Но такой исходъ противорѣчилъ бы положительному праву (ius civile et legum ordo), а потому слѣдуетъ передать ихъ казнѣ [149]). Несогласіе «естественнаго» права съ «положительнымъ» получилось здѣсь оттого, что юристъ руководился отвлеченнымъ и произвольнымъ понятіемъ bona fides и развивалъ его, не сообразуясь съ практическими требованіями жизни. Другимъ, болѣе общимъ примѣромъ въ томъ же родѣ можетъ служить вышеприведенное правило сабиніанцевъ о спецификаціи. Третій примѣръ представляетъ правило, гласившее, что ничто такъ ни естественно, какъ уничтоженіе юридическаго отношенія способомъ, однороднымъ съ тѣмъ способомъ, которымъ отношеніе установлено (л., стр. 488 сл.) [150]). Сопоставивъ это общее правило съ многочисленными казуальными разрѣшеніями того же вопроса, не трудно показать, что оно вовсе не соотвѣтствуетъ дѣйствительной практикѣ римскихъ юристовъ [151]). Трудно утверждать, что сами римскіе юристы не выдавали этого правила

---

149) *Dig.* 16. 3 fr. 31 pr.

150) *Dig.* 50. 17 fr. 35 срав. fr. 153.

151) *Leist*, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte, 1876.

за общій догматическій принципъ; но во всякомъ случаѣ правило не было принципомъ и содержало въ себѣ относительно небольшую долю истины. Оно было результатомъ увлеченія римскихъ юристовъ логическою стороною предмета, ими затронутаго,—увлеченія, которое по всейвѣроятности было неопасно для римскихъ юрисконсультовъ, но которое надѣлало не мало затрудненій для новыхъ догматиковъ. Обобщеніе, которое имѣетъ за себя формальную правильность, всегда дѣйствуетъ привлекательно на умы, и отъ него рѣдко отказываются, не испробовавъ большаго или меньшаго числа способовъ примиренія его съ дѣйствительностью.

Сложные мотивы.

§ 26. Приведенныя шесть формъ, которыя принимаетъ побужденіе приписывать юридическимъ нормамъ «естественность», исчерпываютъ всѣ сколько нибудь замѣчательныя проявленія естественнаго права, переданныя памятниками римской юриспруденціи. Каждая изъ названныхъ формъ обладаетъ въ достаточной степени опредѣленными свойствами, отличающими ее отъ другихъ, смежныхъ съ нею формъ. Но одно и то же правоопредѣленіе могло быть причислено къ числу естественныхъ одновременно по нѣсколькимъ побужденіямъ. Смотря по обстоятельствамъ, одно изъ нихъ затемняло другія, или же они дѣйствовали совмѣстно. Такъ, только побужденіе, указанное выше на третьемъ мѣстѣ, могло вызвать приравненіе традиціи съ точки зрѣнія естественности къ другимъ «естественнымъ» способамъ пріобрѣтенія права собственности; но когда юристу пришлось говорить о традиціи отдѣльно отъ другихъ способовъ, онъ мотивировалъ ея естественность соображеніемъ, которое понимаетъ ея историческое положеніе въ римскомъ правѣ и, слѣдовательно, принадлежитъ по вышеприведенному раздѣленію къ первой группѣ [152]. По поводу иска, которымъ требуется обратно уплаченное по неосновательной причинѣ (indebiti soluti condictio), юристъ утверждаетъ естественность названнаго иска, прибавляя, что это качество простирается даже

[152]) *Dig.* 41. 1 fr. 9 § 4: Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

до того, что въ составъ требованія входитъ все, что прибавилось къ предмету иска со времени уплаты,—приплодъ, alluvio [153]). Въ этомъ опредѣленіи дѣйствуютъ одновременно два основанія естественности. Причисленіе иска къ естественнымъ институтамъ основано на вліяніи справедливости новаго происхожденія (первый мотивъ); результаты же дальнѣйшаго развитія, составляя въ сущности простой логическій выводъ (шестой мотивъ) изъ основнаго принципа даннаго иска, ассоціируются въ представленіи юриста съ случаями естественности, отнесенными выше къ четвертой группѣ, и кажутся поэтому естественными, что и приписывается вліянію общей естественности института. Такимъ образомъ здѣсь смѣшиваются несоотвѣтственнымъ образомъ три различныя основанія естественности. Подобное смѣшеніе было возможно вслѣдствіе того, что, за рѣдкими исключеніями, римскіе юристы вообще не давали себѣ отчета, какое именно обстоятельство въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вызывало въ нихъ представленіе объ естественности правоопредѣленія. Отсюда происходила неразборчивость при самой группировкѣ матеріала естественнаго права. Институты и нормы, признанные естественными по различнымъ побужденіямъ, соединялись безъ дальнѣйшихъ разсужденій въ одну общую группу и противопоставлялись другимъ институтамъ и нормамъ, которыя составляли противоположность первымъ только съ различныхъ точекъ зрѣнія по отношенію къ каждому изъ нихъ. Такъ, напримѣръ, Гай утверждаетъ: если обѣщанное нами таково, что не можетъ быть выполнено, то по естественному разуму обѣщаніе недѣйствительно, какъ, напримѣръ, когда мы обѣщаемся дать свободнаго человѣка или же человѣка, уже умершаго [154]). Въ первомъ примѣрѣ, названномъ Гаемъ, мы имѣемъ дѣло съ юридическою невозможностью, составляющею очевидный логическій выводъ изъ юридическаго понятія о свободѣ (шестой мотивъ); во второмъ же—съ констатированіемъ естественнаго факта (§ 15).

Отсутствіе

§ 27. Подобные случаи, равно какъ большое разнообразіе побужденій, которыя рождали признаніе естественности право-

---

[153]) *Dig.* 12. 6 fr. 15 pr.

[154]) *Dig.* 44. 7 fr. 1 § 9.

единства въ системѣ.

опредѣленій, и отсутствіе полной и всесторонней разработки, хотя бы одной группы естественныхъ правоопредѣленій,—напротивъ, случайный характеръ, преобладающій въ составѣ всего вообще естественнаго права, свидѣтельствуютъ, что, реализируя идею естественнаго права, римскіе юристы не руководились никакимъ строго-опредѣленнымъ стремленіемъ. Они не имѣли въ виду выдвинуть впередъ какія нибудь опредѣленныя, объективныя свойства «естественныхъ» нормъ, но находились подъ исключительнымъ вліяніемъ своего личнаго отношенія къ этимъ послѣднимъ,—отношенія, которое объективировалось въ ихъ воззрѣніи какъ нѣкорое общее качество нормъ безъ относительно къ дѣйствительнымъ свойствамъ ихъ, породившимъ этотъ миражъ. Потому ученіе объ естественномъ правѣ сохраняетъ единство только съ точки зрѣнія субъективнаго правоваго чувства того времени. При объективномъ же освѣщеніи его оно теряетъ это качество и оказывается собраніемъ частей весьма разнородныхъ и разработанныхъ неполно. Внутреннія противорѣчія составляли неизбѣжное явленіе при томъ способѣ работы, котораго держалась римская юриспруденція, реализируя естественное право.—Существованіе этихъ противорѣчій только подтверждаетъ справедливость того взгляда на римское естественное право, который развитъ на предшествующихъ страницахъ; ближайшее знакомство съ ними не представило бы особаго интереса [155]).

Изъ сказаннаго вытекаетъ также другое указаніе, весьма важное для изслѣдованія римскаго естественнаго права. Сущность естественности каждаго отдѣльнаго случая, подведеннаго подъ эту рубрику, не опредѣлялось содержаніемъ самаго понятія объ «естественномъ», потому что это послѣднее не соприкасалось ни съ какимъ опредѣленнымъ юридическимъ содержаніемъ. Въ свойствахъ самаго случая, приблизившихъ его особеннымъ образомъ къ правовому чувству юриста, слѣдуетъ искать разгадку его естественности. Встрѣчая рядъ случаевъ, причисленныхъ къ естественной категоріи, мы не имѣемъ никакого основанія предполагать, что ихъ причисленіе было совершено подъ вліяніемъ одного и того же побужденія, хотя бы всѣ они принадлежали

---

155) Ихъ изложеніе см. въ сочиненіяхъ *Voigt'a* и *Боголѣпова*.

къ области одного института; мы не имѣемъ никакого основанія искать, во что бы то ни стало, объясненіе, равно приложимое ко всѣмъ случаямъ. Изслѣдованіе должно состоять въ послѣдовательномъ объясненіи каждаго случая въ отдѣльности, и результатъ его покажетъ, насколько они подчиняются общему объясненію. Такимъ образомъ изслѣдованіе естественныхъ способовъ пріобрѣтенія права собственности открываетъ возможность одинаковаго объясненія каждаго изъ нихъ. Напротивъ, случаи, подведенные подъ рубрику obligatio naturalis, не представляютъ, какъ указано выше (стр. 70), полнаго единства. Какъ другой примѣръ въ томъ же родѣ, слѣдуетъ назвать случаи, соединенные общимъ именемъ posessio naturalis въ противоположность p. civilis. Если это противоположеніе имѣло у римскихъ юристовъ когда либо опредѣленное практическое значеніе, то смыслъ его слѣдуетъ почесть навсегда утраченнымъ (стр. 564) [156]). Но мы можемъ изслѣдовать этотъ предметъ еще съ другой стороны. Именно, спрашивается, какія особыя побужденія вели юриста въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ къ тому, что онъ называлъ владѣніе, которое представлялось ему въ этомъ случаѣ, естественнымъ? Такъ какъ, согласно съ сказаннымъ выше, не существуетъ никакого апріорнаго основанія предполагать, чтобы правоотношенія, подведенныя подъ понятіе p. civilis, или p. naturalis, были относительно этого пункта въ чемъ либо непремѣнно однородны, то правильный путь долженъ заключаться въ разборѣ каждаго правоотношенія въ отдѣльности.

Въ двухъ мѣстахъ источники говорятъ о рабѣ, что онъ, не владѣя вещью цивильнымъ образомъ, обладаетъ или владѣетъ ею естественно [157]). Здѣсь «естественное» владѣніе объясняется безъ затрудненія такимъ же образомъ, какъ вообще всѣ «естественныя» права рабовъ. Противоположеніе естественнаго цивильному указываетъ прямо на то, что хотя по праву рабъ не имѣетъ владѣнія, однако справедливость не можетъ не признать,

---

156) Обзоръ попытокъ возстановить этотъ смыслъ см. у *Meischeder'a*, Besitz und Besitzschutz, 1876, стр. 77 — 84; ср. *Randa*, Der Besitz nach österreichischem Rechte, 1879, стр. 61, примѣч. 6.

157) *Dig*. 41. 2 fr. 24; *Dig*. 45. 1 fr. 38 §§ 7. 8.

что отношеніе раба къ вещамъ само по себѣ ничѣмъ не отличается отъ отношенія къ вещамъ свободныхъ людей. Possessio naturalis рабовъ совершенно однородна съ ихъ obligatio naturalis [158]). — Далѣе въ двухъ мѣстахъ подъ p. naturalis разумѣются: обладаніе вещами, принятыми на сохраненіе или взятыми въ ссуду, обладаніе колона и наконецъ владѣльца сложной вещи относительно части ея, ему не принадлежащей [159]), т. е. вообще обладаніе, незащищенное владѣльческими интердиктами, или держаніе вещи (стр. 568). Здѣсь противоположеніе цивильнаго и естественнаго основано на двойственности значенія слова possessio, какъ юридическаго термина и какъ обыденнаго слова, и выражаетъ собою противоположеніе искусственнаго (юридическаго) простому, общепонятному. Съ точки зрѣнія обыденнаго воззрѣнія, т. е. по разговорному смыслу слова, владѣніе есть вообще каждое фактическое обладаніе вещами. Юридическое ограниченіе этого смысла извѣстными признаками не вытекаетъ изъ него логически («естественно»), но произошло по особымъ юридическимъ соображеніямъ. Если бы римскіе юристы выработали два различные термина для обозначенія права владѣнія и владѣнія въ обыденномъ смыслѣ, и съумѣли бы строго держаться ихъ, то въ ихъ языкъ не проникло бы сопоставленіе, которое мы разсматриваемъ теперь. Но за неимѣніемъ особыхъ терминовъ употребляя слово possessio, гдѣ было надобно, и въ обыденномъ смыслѣ, они отмѣчали его соотвѣтствующимъ опредѣленіемъ. Терминъ possessio naturalis указывалъ на владѣніе въ томъ значеніи, какое придавалъ ему разговорный языкъ безъ всякой юридической специализаціи, и употреблялся вообще какъ противоположность обладанію въ юридическомъ смыслѣ, куда относились собственность [160]) или владѣніе въ техническомъ смыслѣ [161]).—Наконецъ, остаются еще три мѣста, въ которыхъ содержится противоположеніе p. naturalis и p. civilis въ при-

---

158) Ср. *Voigt*, IV, стр. 9 и 10, примѣч. 21 и 22.

159) *Dig*. 41. 5 fr. 2 § 1; *Dig*. 10 4 fr. 7 § 1; ср. *Dig*. 41. 2 fr. 12.

160) *Dig*. 41. 2. fr. 1 § 1: Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse...

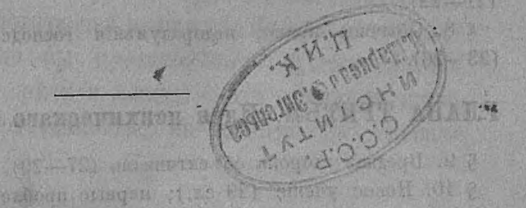
161) Какъ извѣстно, юридическое владѣніе называется часто просто possessio, противополагаясь p. naturalis, см., напр., *Dig*. 42. 2 fr. 3 § 3.

мѣненіи къ двумъ случаямъ. Обладаніе жены вещами, подаренными ей мужемъ [162]), и обладаніе залогодержателя вещами заложенными [163]) исключаются изъ области цивильнаго и включаются въ область естественнаго владѣнія. Общая черта этихъ двухъ случаевъ въ отличіе отъ предыдущихъ состоитъ въ томъ, что они относились къ области юридическаго владѣнія, т. е. владѣнія, которое защищалось интердиктами. Такимъ образомъ мѣрка естественности примѣнялась внутри этой сферы, но не ко всѣмъ случаямъ ея. Нѣтъ нужды предполагать, что это употребленіе термина p. naturalis было одинаковаго происхожденія въ обоихъ названныхъ случаяхъ; но такъ какъ къ нему не примѣняется ни одна изъ формъ, предложенныхъ выше, и никакое новое объясненіе не вытекаетъ изъ того, что извѣстно о юридической природѣ данныхъ случаевъ, то приходится отказаться отъ всякаго объясненія ихъ «естественности».—Достаточно и очень важно сдѣлать слѣдующее замѣчаніе. Когда какой нибудь терминъ входитъ въ употребленіе въ языкѣ разговорномъ или техническомъ, когда его употребленіе становится довольно обыкновеннымъ и частымъ (какъ въ данномъ случаѣ термина «естественный»), когда притомъ употребляющіе его не отдаютъ себѣ яснаго отчета о причинахъ употребленія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, на самомъ же дѣлѣ эти причины представляются и разнообразными, и многочисленными, тогда неизбѣжно въ нѣкоторомъ числѣ случаевъ (конечно, не особенно большомъ) какая нибудь случайная ассоціація идей вызоветъ такое примѣненіе термина, которое не будетъ согласоваться съ общепринятымъ въ господствующей практикѣ. Противорѣчить такой возможности значило бы противорѣчить существеннымъ свойствамъ человѣческой рѣчи и ожидать отъ человѣка такой внимательности и сосредоточенности, на которую онъ неспособенъ.

---

[162]) *Dig.* 43. 16 fr. 1 §§ 9, 10; *Dig.* 24. 1 fr 26 pr.
[163]) *Dig.* 10. 4 fr. 3 § 15.

Оглавленіе.



1р

Того же автора:

Гражданское право древняго Рима. Лекціи, читанныя въ Московскомъ Университетѣ. 1883. Цѣна 5 руб.

Рецепція римскаго права на Западѣ. Москва. 1886. Цѣна 2 руб.

Что такое догма права? Москва. 1885. Цѣна 50 коп.

Was heisst Rechts-Dogmatik? aus dem russischen uebersetzt von *K. Esmarch.* Prag. 1885.

Опредѣленіе и основное раздѣленіе права. Москва. 1879. Ц. 2 р.

Цѣна одинъ рубль.